

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Retten til respekt for privatliv etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

Vern mot vilkårlig tvangsbruk i det psykiske helsevern

Kandidatnummer: 583

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 16566



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet .....	2
1.3	Kildebruk og metode .....	4
1.4	Fokus og avgrensninger .....	5
1.5	Fremstillingen videre .....	7
<b>2</b>	<b>BEGREPSAVKLARING .....</b>	<b>8</b>
2.1	”Right to respect ...” .....	8
2.2	Privatliv .....	9
2.2.1	Integritet .....	9
2.2.2	Autonomi .....	10
<b>3</b>	<b>KRAVET TIL ET GYLDIG RETTSGRUNNLAG .....</b>	<b>12</b>
3.1	Samtykke .....	12
3.1.1	Prosessuelle og personelle krav til samtykke .....	12
3.2	Legalitetsprinsippet .....	14
3.2.1	Tilgjengelighet og forutberegnelighet .....	14
3.2.2	Nødrett .....	15
<b>4</b>	<b>KRAV TIL NØDVENDIGHET I INNGREPET .....</b>	<b>16</b>
4.1	Nødvendighetskravets rekkevidde .....	16
4.2	Proporsjonalitetsvurdering .....	17
4.2.1	Momenter ved vurderingen .....	17
4.2.2	”Minste inngreps prinsipp” .....	19
4.3	Skjønnsvurdering – ”margin of appreciation” .....	21
4.3.1	Skjønnsvurderingens rekkevidde .....	22
4.3.2	Oppsummerende bemerkninger .....	26
<b>5</b>	<b>VERNET OM PRIVATLIVET I NASJONALE TVANGSHJEMLER .....</b>	<b>29</b>
5.1	Inngrepets formål .....	30
5.1.1	Fellesskapets behov .....	30
5.1.2	Tvang i behandlingsøyemed .....	31
5.2	De ulike tvangshjemlene .....	32
5.2.1	Skjerming .....	32

5.2.2	Behandling uten eget samtykke .....	35
5.2.3	Tvangsmidler .....	37
5.3	Oppsummerende bemerkninger .....	40
<b>6</b>	<b>DISKUSJON .....</b>	<b>42</b>
6.1	De motstridende hensyn .....	42
6.2	Fra lovgivning til praksis.....	44
6.2.1	EMKs forhold til de nasjonale myndigheter .....	44
<b>7</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>47</b>
<b>8</b>	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>49</b>
8.1	Lovgivning .....	49
8.1.1	Nasjonal lovgivning og forskrift.....	49
8.1.2	Traktater .....	49
8.2	Forarbeider og rundskriv .....	50
8.3	Rettsavgjørelser .....	50
8.3.1	The European Court of Human Rights, Strasbourg (EMD).....	50
8.4	Juridisk teori .....	51
8.5	Annet .....	53

## Art 8. Right to respect for private and family life

1. *Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*

2. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> EMK art. 8

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) inneholder visse grunnleggende rettigheter for alle mennesker, deriblant en rett til respekt for privatliv etter art. 8. Retten til privatliv skal verne om menneskets integritet og selvbestemmelse, og hindre vilkårlig inngrep fra myndighetene. Vernet kommer til uttrykk i det klare utgangspunkt for all type helsehjelp, som er et krav til samtykke fra pasienten. Selv for pasienter i det psykiske helsevern er vern om privatliv like sterkt, og pasientens selvbestemmelsesrett like gjeldende. I de tilfeller hvor helsepersonell yter helsehjelp til tross for at pasienten motsetter seg dette, foreligger tvang og et inngrep i pasientens privatliv. Slike inngrep vil i utgangspunktet være rettsstridige og innebære et brudd på EMK art. 8. I bestemmelsens andre ledd åpnes det derimot for unntakstilfeller hvor de nasjonale myndighetene kan foreta slike inngrep. Det er krav til hjemmel i nasjonal lov, en viss grad av nødvendighet og inngrepet må ha grunnlag i ett av formålene i artikkelen. Vilkårene er såkalt kumulative, som innebærer at alle må være oppfylt dersom et inngrep i privatlivet skal være rettmessig.

I den norske lovgivningen vil tvangsbruk i utgangspunktet være straffbart etter straffelovens (strl.) § 222, men det åpnes opp for slike inngrep der dette har grunnlag i lov. I det psykiske helsevern vil det ofte oppstå situasjoner der et slikt inngrep i pasientenes privatliv vil være nødvendig av hensyn til pasienten selv eller andre. Tvangsinngrep i slike tilfeller er hjemlet i psykisk helsevernloven (phvl.) kapittel 4 om gjennomføring av psykisk helsevern.

For at rettighetene etter EMK skal gjelde likt for alle mennesker er konvensjonen avhengig av et lojalt samarbeid med de nasjonale myndighetene. Forholdet er bundet sammen av en rekke prinsipper. De nasjonale myndighetene er bl.a. forpliktet til å sikre et effektivt menneskerettighetsvern for sine borgere.<sup>2</sup> Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har uttrykt at dette kravet innebærer at rettighetene skal være effektive og praktiske, og ikke teoretiske eller illusoriske.<sup>3</sup> For å opprettholde det effektive vernet av menneskerettighetene er de nasjonale myndighetene ved konvensjonstolkningen overlatt en skjønnsmargin av ulik grad. Kort fortalt innebærer dette at de nasjonale myndighetene sitter med hovedansvaret for å sikre menneskerettighetene, og at EMD kun kommer inn i bildet der de nasjonale myndighetene

---

<sup>2</sup> Sørensen (2004), pkt. 2.3.2

<sup>3</sup> Airey v. Irland (1979), avsn. 24

svikter. Skjønnsmarginen er bl.a. begrunnet i at de nasjonale myndighetene har bedre forutsetninger for å foreta en vurdering av hvorvidt det foreligger et brudd på konvensjonen, noe som vil effektivisere vernet.<sup>4</sup> Likevel er skjønnsmarginen ofte utsatt for kritikk. Når de nasjonale myndighetene ikke kontrolleres på samme måte innenfor denne skjønnsmarginen, kan det begrense rekkevidden av vernet etter EMK. Hvor mye vernet eventuelt begrenses, er blant spørsmålene som skal behandles videre.

Oppgavens problemstilling er i hvilken utstrekning rett til respekt for privatliv etter EMK art. 8 verner om integriteten til pasienter i psykisk helsevern, og om dette vernet er tilstrekkelig. For å besvare dette er det sentralt å se på hva som ligger i konvensjonens krav til nødvendighet og hvordan skjønnsmarginen som er tildelt statene påvirker vernets omfang. Fremstillingen av vernet vil knyttes opp mot den nasjonale lovgivningen på området, og tvangsbruken i praksis i det psykiske helsevern i Norge.

## **1.2 Bakgrunn og aktualitet**

Siden etterkrigstiden og menneskerettighetenes inntog har pasientenes rettigheter fått større betydning i norsk helserett. Men vi skal ikke lengre enn tre tiår tilbake i tid da kirurgiske inngrep som lobotomi og kastrering var vanlige behandlingsmetoder for psykiatriske pasienter, ofte utført mot pasientens vilje. Dette var en periode hvor det paternalistiske prinsipp sto sterkt i alle former for helsehjelp, et prinsipp som gikk ut på at det var helsepersonellet som satt på kunnskapen, og var derfor bedre skikket til å fatte beslutninger vedrørende pasientenes helse.<sup>5</sup> Ved ny legelov i 1980 fikk pasientene rett til informasjon, rett til innsyn i journal og en rett til medvirkning under behandlingen - alle tre rettigheter som skulle gjøre det enklere for pasienten og selv fatte beslutninger om sin egen helse.<sup>6 7</sup> Dette førte til en utvikling hvor pasientens selvbestemmelsesrett sto mer i fokus, også i det psykiske helsevern.

Til tross for utviklingen av pasientenes rettigheter de siste tiår, foregår det en økende debatt rundt tvangsbruken i det psykiske helsevern. Diskusjonen skyldes først og fremst det økende fokuset på å verne om svakerestilte grupper i samfunnet, både nasjonalt og internasjonalt. En

---

<sup>4</sup> Andenæs (2014), s. 65

<sup>5</sup> Kjønsstad (2007) s. 45

<sup>6</sup> Lov om leger (legeloven)

<sup>7</sup> Kjønsstad (2007) s. 83

viktig faktor er også omfanget av tvangsbruken i Norge, som vekker sterk kritikk. Helsedirektoratets nyeste rapport på bruk av tvang i det psykiske helsevern for voksne, viser en total på 12007 tvangsvedtak i 2013, med en klar økning i bruk av samtlige tvangsmidler fra 2012.<sup>8</sup> Den høye andelen tvangsbruk kan være en indikasjon på at de psykiatriske institusjonene anvender tvang utover hva loven åpner for. Til støtte for dette er pasientenes erfaringer med det psykiske helsevern, som gjentatte ganger er i medias søkelys. Det fortelles bl.a. om skjermingstiltak som varte over en uke uten at et vedtak ble fattet<sup>9</sup> og inhumane forhold under en beltelegging med en varighet på 28 dager.<sup>10</sup> Uten en domfellelse på forholdet vil det ikke kunne konstateres om det foreligger brudd på lovgivningen, men det er likevel en tankevekker. Når man ser tilbake på behandlingsmetodene som ble brukt i det psykiske helsevern for noen tiår tilbake, ser man med avsky på hvordan pasientene ble behandlet. Vil vi om noen tiår frem i tid se tilbake med lignende tanker på behandlingen som foregår nå?

Menneskerettighetene har fått større innpass ved flere rettsområder i norsk lovgivning de siste årene. Ved grunnlovsreformen i mai 2014 ble det innført et eget kapittel som inneholder de mest sentrale rettighetene etter EMK.<sup>11</sup> Grunnlovfestingen av menneskerettighetene hadde sin bakgrunn i et ønske om å ”tydeliggjøre hvilke kjerneverdier som er fundamentale i det norske samfunn”, men hensikten var ikke å endre rettstilstanden.<sup>12</sup> Den nye Grunnlovens (Grl.) § 102 fastsetter menneskets rett til respekt for sitt privatliv og vernet om den personlige integritet. Forholdet mellom vernet i Grl. og etter EMK er nylig kommet til uttrykk i Rt. 2015 s. 93, hvor et avslag på en søknad om familiegjenforening medførte et brudd på retten til familieliv. Førstvoterende la til grunn at § 102 skal tolkes ”i lys av de folkerettslige forbildene”, men med en begrensning; ”[d]et er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.” En slik tendens til ansvarsfordeling i forhold til menneskerettighetene er også blitt tydeligere i EMKs tilleggsprotokoll nr. 15, som Norge ratifiserte 17. Juni 2014. Pro-

---

<sup>8</sup> Helsedirektoratet (2014), vedlegg 3

<sup>9</sup> Olsen (2015)

<sup>10</sup> Hansen (2013)

<sup>11</sup> Grunnloven (Grl.), kapittel E

<sup>12</sup> Menneskerettighetsutvalget (2011), pkt. 10.2.1

tokollen legger til grunn at medlemslandene ”have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto ...”<sup>13</sup>

I en artikkel i Tidsskrift for Den norske legeforening er det påpekt et behov for en diskusjon rundt psykiatriske pasienters vern som følger av Norges forpliktelser etter internasjonale konvensjoner.<sup>14</sup> En redegjørelse av vernet etter EMK art. 8 er et sentralt bidrag til denne diskusjonen, og er bakgrunnen for at jeg skriver denne oppgaven. Et spørsmål er hvorvidt kritikken rundt tvangsbruken skal rettes mot vernet internt i den nasjonale lovgivingen eller utad mot EMK. Det økende fokus på det menneskerettslige vernet for pasienter i det psykiske helsevern kan tolkes som en indikasjon på at det nasjonale vernet ikke er tilstrekkelig, og at det er her kritikken skal rettes. Foreligger det derimot et tilstrekkelig vern for pasientene etter EMK art. 8?

### **1.3 Kildebruk og metode**

En sentral kilde for å redegjøre for hvilket vern psykiatriske pasienter har etter EMK art. 8, vil være konvensjonsteksten og dens ordlyd. Generelt inneholder derimot konvensjonsbestemmelsene i EMK mange vage ord og uttrykk. Dette er begrunnet i at konvensjonen skal kunne anvendes i ulike samfunn med ulike forutsetninger, og kunne anvendes dynamisk i tråd med samfunnsutviklingen. Ved mistanke om brudd på en av konvensjonens rettigheter, kan enkeltmennesker klage inn saken for EMD etter at den har vært igjennom de nasjonale domstolene uten å få medhold.<sup>15</sup> Det er EMD sin oppgave å kontrollere at de nasjonale myndigheter overholder rettighetene fastslått i konvensjonen, og en tolkning av hva som ligger i konvensjonsbestemmelsene er en viktig del av dette arbeidet. Praksis fra domstolen vil derfor være en sentral kilde for å fastslå innholdet i vernet. Derimot er det kun et få antall dommer avsagt av EMD på det psykiatriske feltet. Dommen Herczegfalvy mot Østerrike fra 1992 la viktige føringer for tolkningen av EMK art. 8 på dette området. Det fremkommer i EMDs praksis at domstolen formelt sett ikke er bundet av sine tidligere avgjørelser eller uttalelser.<sup>16</sup> Av hensyn til forutberegnelighet og rettssikkerhet overfor borgerne, opererer domstolen likevel med en praksis hvor den, så langt som mulig, legger tidligere tolkninger til grunn ved nye avgjørelser.

---

<sup>13</sup> EMK tilleggsprotokoll nr. 15, art. 1

<sup>14</sup> Blesvik (2006), under ”Temaer til diskusjon”

<sup>15</sup> EMK art. 34 og 35

<sup>16</sup> Bl.a. Cossey v. The United Kingdom (1990), avsn. 35



Derfor er dommen fortsatt en sentral kilde. Rettsavgjørelser som omhandler retten til privatliv på andre områder enn psykisk helsevern, vil også være sentrale i oppgaven. De vil kunne bidra til å kaste lys over EMDs tolkning av de ulike ordlydene i bestemmelsen, og hvor langt vernet rekker. Gjennomgående i EMK anvendes ofte de samme ord og uttrykk, der konvensjonen åpner for unntak fra rettighetene. Blant annet uttrykket ”necessary in a democratic society” anvendes i art. 8 til og med art. 11. Av den grunn vil også rettsavgjørelser som omhandler andre konvensjonsbestemmelser enn art. 8 bidra med føringer for hvordan konvensjonens ordlyd skal tolkes, og vil være en sentral del av fremstillingen.

EMK art. 8 stiller krav til hjemmel i nasjonal lov dersom et inngrep i privatlivet skal være rettmessig. Med den omtalte skjønnsmarginen overlates også store deler av vernet om privatlivet til de nasjonale myndighetene. Oppgaven vil av den grunn bli knyttet opp mot lovgivningen i Norge, og tilfeller hvor den psykiske helsevernloven åpner for inngrep i privatlivet og anvendelse av tvang. Sentralt er lovens ordlyd, men også tilhørende forskrift og forarbeider. Begge kildene bidrar til å gi et klarere bilde av innholdet i loven.

Tvangsbruken i det psykiske helsevern og vernet etter EMK vekker stor interesse blant fagfolk, og er mye omtalt i juridisk litteratur. For å kaste lys over problemstillingen og redegjøre for ulike meninger og erfaringer rundt emnet, vil derfor juridisk litteratur være en sentral kilde. Samtidig vil rapporter om tvangsbruken i Norge og ulike utredninger fra bl.a. Helsedirektoratet være sentrale i vurderingen av situasjonen slik den er på det psykiatriske feltet i Norge. En utfordring har derimot vært at det foreligger ufullstendig rapportering om den faktiske tvangsbruken. Først og fremst skyldes dette tvil rundt begrepsbruken ”tvang”, og hvilke tilfeller som faller inn under dette. Den norske lovgivningen stiller heller ikke krav til vedtak ved alle tvangstiltak. Dette innebærer at den faktiske tvangsbruken og tvangsbruken som blir registrert av helsepersonell, ikke samsvarer. Rapportene om tvangsbruk vil likevel være en sentral kilde for å danne et bilde av utviklingen, selv om dataene ikke vil være helt realistiske.

#### **1.4 Fokus og avgrensninger**

Forhold som faller inn under retten til privatliv i EMK art. 8, vil ofte også kunne omfattes av andre rettigheter i konvensjonen. Dette gjelder bl.a. forbudet mot tortur i EMK art. 3, som verner de alvorligste tilfellene av inngrep i privatlivet. Praksis fra EMD viser derimot til at det

skal mye til før art. 3 anses krenket. Tvangsbruk mot psykiatriske pasienter, der behandlingen anses som medisinsk forsvarlig, vil sjelden falle inn under denne kategorien.<sup>17</sup> Oppgaven avgrenses derfor til å behandle EMK art. 8. Videre er Norge gjennom menneskerettsloven (mrl.) også bundet av andre konvensjoner som er sentrale i forhold til det psykiske helsevern. Dette gjelder først og fremst FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art. 12, som gir rett til høyest oppnåelig fysisk og psykisk helsestandard.<sup>18</sup> Konvensjonens komité uttalte i sin såkalte generelle kommentar til art. 12, at bestemmelsen innebærer at myndighetene ved "exceptional cases" kan anvende tvang for å sikre retten til helse.<sup>19</sup> Myndighetenes plikter etter denne konvensjonen, vil i visse tilfeller komme i konflikt med myndighetenes plikt til å verne om privatlivet til pasientene. Denne konflikten behandles nærmere i oppgaven. Videre fastslår FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 10 at alle som er berøvet friheten skal "behandles humant, og med respekt for menneskets iboende verdighet".<sup>20</sup> Denne bestemmelsen anses kun å være en videreføring og utdyping av rettighetene etter EMK art. 8. Ettersom det er EMK som i praksis gir størst vern gjennom den individuelle klageadgangen til EMD, avgrenses oppgaven mot SP.

Innholdet i EMK art. 8 strekker seg lengre enn hva som behandles videre. I oppgaven vil det fokuseres på retten til privatliv. Dette innebærer at det avgrenses mot en rett til "familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse", som også er vernet i artikkelen. Det kan likevel oppstå tilfeller hvor også de øvrige rettighetene er sentrale i det psykiske helsevern. Phvl. § 4-5 setter regler for pasientens forbindelse med omverdenen, og vil bl.a. kunne innebære en krenkelse av retten til korrespondanse. Derimot vil inngrep i retten til korrespondanse også anses som en krenkelse av retten til privatliv. Av hensyn til plass vil derfor oppgaven begrenses til en redegjørelse av vernet om privatliv.

I punkt 5 redegjøres det for vernet om privatlivet i nasjonale hjemler som åpner for tvang.<sup>21</sup> Her vil redegjørelsen avgrenses til tvangshjemmel om skjerming, tvangsbehandling og tvangsmiddelbruk. Innenfor tidsrammen har det ikke vært mulig å gi en full oversikt over alle

---

<sup>17</sup> Herczegfalvy v. Austria (1992) avsn. 82

<sup>18</sup> Menneskerettighetsloven (mrl.), vedlegg 3

<sup>19</sup> Economic and Social Council (2000), avsn. 34

<sup>20</sup> Mrl. vedlegg 5

<sup>21</sup> Phvl. § 4-3 flg.

tvangshjemlene, og redegjørelsen er kun ment å kaste lys over hvordan tvangsbruken gjennomføres i praksis. Dette innebærer at hjemmel om forbindelse med omverdenen, kropps- og romundersøkelse, beslag, urinprøve og overføring uten samtykke ikke behandles.

### **1.5 Fremstillingen videre**

For å gi et bilde av hvilket vern EMK art. 8 gir for pasienter i det psykiske helsevern, er det først grunnleggende å analysere konvensjonsbestemmelsens ordlyd. I punkt 2 i oppgaven foretas en begrepsavklaring av "[r]ight to respect for private ... life", og det redegjøres for hvilken del av vernet etter art. 8 som er sentralt i det psykiske helsevern. Etter dette fastslås kravet til samtykke fra pasienten eller hjemmel i lov, dersom tvangsbruken skal være rettmessig. Punkt 2 og 3 i oppgaven bygger et grunnlag for den videre fremstillingen, der oppgavens problemstilling angripes.

Punkt 4 er oppgavens kjerne, og belyser nærmere hva som ligger bak begrepsbruken "necessary in a democratic society" i EMK art. 8. Sentralt her er proporsjonalitetsvurderingen og skjønnsmarginen. Hensikten vil ikke være å komme med en uttømmende definisjon av nødvendighetskravet, men å belyse sentrale deler av kravet knyttet opp mot situasjonen for pasienter i det psykiske helsevern. I oppgavens punkt 5 redegjøres det nærmere for ulike situasjoner som åpner for anvendelse av tvang i den norske lovgivningen, og tilfeller der tvangsbruken kan nærme seg vilkårlig. Avslutningsvis vil oppgaven rette fokuset mot diskusjonen som foregår rundt tvangsbruken i det psykiske helsevern, og hvorvidt vernet etter EMK art. 8 å anse som tilstrekkelig.

## 2 Begrepsavklaring

En sentral kilde for å fastslå vernet om privatlivet som gjelder overfor pasienter i det psykiske helsevern, er først og fremst konvensjonsteksten og dens ordlyd. Redegjørelsen videre vil derfor ta for seg begrepsbruken ”[r]ight to respect for private ... life” i EMK art. 8. Den norske oversettelsen i mrl. er ”[r]etten til respekt for privatliv”.<sup>22</sup> Sentralt for begrepsavklaringen er myndighetenes plikter overfor borgerne, og hvilke verdier som er vernet under rettigheten.

### 2.1 ”Right to respect ...”

Det er to elementer ved begrepsbruken som det er sentralt å gå nærmere inn på. For det første gir ikke den innledende formuleringen i EMK art. 8 en ubetinget rett til et privatliv, men den gir derimot en rett til *respekt* for sitt privatliv. Ordbruken sikter til at det foreligger et vern mot inngrep fra de offentlige myndighetene.<sup>23</sup> Dette omtales også som myndighetenes negative forpliktelse til konvensjonens rettigheter, og innebærer at de ikke skal foreta inngrep i privatlivet til sine borgere. Skal ordlyden forstås riktig foreligger det ingen positiv forpliktelse hos staten til å sikre rettigheten. Dette har derimot kommet til uttrykk i rettspraksis fra EMD. Myndighetenes positive forpliktelse er deres plikt til å iverksette konkrete tiltak for å sikre at rettigheten ivaretas. I saken *Storck mot Tyskland* ga domstolen uttrykk for denne forpliktelsen nettopp i det psykiske helsevern: ”There is a positive obligation on the State flowing from Article 8 to take reasonable and appropriate measures to secure and protect individuals’ rights to respect for their private life”.<sup>24</sup> I dette utsagnet la domstolen vekt på myndighetenes plikt til å sikre menneskets rett til psykisk og moralsk integritet, ved å føre kontroll med psykiatriske institusjoner.

I det psykiske helsevern er det først og fremst myndighetenes negative forpliktelse til ikke å foreta inngrep i borgernes privatliv som er viktig. I tilfeller hvor det blir anvendt tvang i det psykiske helsevern, er det tvang utøvd nettopp av myndighetene. Det er også denne rettigheten som er sterkest vernet etter ordlyden i EMK art. 8. Den positive forpliktelsen gjør seg derimot sterkt gjeldende i sentrale rettssikkerhetsgarantier som bl.a. pasientenes klageadgang til kontrollmyndighetene<sup>25</sup> og rett til rettshjelp dersom en sak går for domstolene.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Mrl. vedlegg 2, art. 8

<sup>23</sup> Møse (2010)

<sup>24</sup> *Storck v. Germany* (2005), avsn. 149 - 150

<sup>25</sup> Bl.a. Phvl. § 4-3 tredje ledd

## 2.2 Privatliv

Videre er det sentralt å se nærmere på hva som ligger i begrepet ”privatliv”. EMD har ikke ansett det som mulig eller nødvendig med en uttømmende definisjon. Domstolen har anført at begrepet favner vidt, og at menneskets fysiske og psykiske integritet er dekket.<sup>27</sup> Sammen med menneskets autonomi, er dette verdier som er svært sentrale ved inngrep i privatlivet til pasienter i det psykiske helsevern. Disse verdiene skal nå redegjøres nærmere for.

### 2.2.1 Integritet

Vernet om menneskets integritet er et av kjerneområdene til EMK art. 8, og refererer ofte til menneskets rett til å opptre som et selvstendig vesen med egne meninger, oppfatninger og tanker.<sup>28</sup> Vernet strekker seg derimot lengre enn dette. Først og fremst er det tale om vernet av menneskets fysiske integritet. Menneskets kropp er også en del av ens privatliv, og et inngrep i den fysiske integriteten er som hovedregel et brudd på retten til privatliv. Dette kan f.eks. være medisinske undersøkelser mot pasientens vilje. I *Herczegfalvy mot Østerrike* ble en psykiatrisk pasient beltelagt, tvangsmedisinert og tvangsforet, en behandling som EMD anså som klare inngrep i hans fysiske integritet.<sup>29</sup> Til tross for dette var likevel tvangsinngrepet hjemlet i lov og rettmessig. I hvilke tilfeller konvensjonen åpner for at slike inngrep i privatlivet er rettmessig, redegjøres for i pkt. 3 og 4.

I EMDs praksis er det videre fastslått at menneskets psykiske integritet er vernet under retten til privatliv. *Bensaid mot Storbritannia* gjaldt en klage på et utvisningsvedtak. Klageren anførte at hans psykiske problemer ikke ville bli behandlet i hjemlandet, og at det derfor forelå brudd på retten til privatliv. Domstolen uttalte at ”[t]he preservation of mental stability is in that context an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life”.<sup>30</sup> Her legger domstolen til rette for at mental helse er en sentral del av den psykiske integritet, og er vernet i retten til privatliv. I NOU 2009:1 omtales psykisk integritet som

---

<sup>26</sup> Phvl. § 1-7 tredje ledd.

<sup>27</sup> *Pretty v. The United Kingdom* (2002), avsn. 61

<sup>28</sup> NOU 2009:1, pkt. 3.2.12

<sup>29</sup> *Herczegfalvy v. Austria* (1992)

<sup>30</sup> *Bensaid v. The United Kingdom* (2001), avsn. 47

”respekt for individets følelser, oppfatninger og mulighet for refleksjon.”<sup>31</sup> Tvangsbehandling i det psykiske helsevern kan ofte innebære en krenkelse av den psykiske integriteten, ettersom inngrep ofte blir foretatt uten mulighet for å ivareta pasientens følelser og oppfatninger rundt situasjonen.

Vernet om integriteten etter EMK art. 8 strekker seg ofte lengre i det psykiske helsevern enn på andre rettsområder. EMD har ved flere tilfeller gitt uttrykk for at det stilles krav til en viss grad av intensitet i inngrepet, dersom det skal medføre en krenkelse på retten til privatliv.<sup>32</sup> Dette gjelder derimot ikke ved inngrepet i den psykiske integriteten som er foretatt mot vedkommendes vilje. Den omtalte saken *Storck mot Tyskland* gjaldt en kvinne som hevdet sitt privatliv krenket etter tvangsmedisinering på en psykiatrisk institusjon. EMD uttalte her at ”even a minor interference with the physical integrity of an individual must be regarded as an interference with the right to respect for private life under Article 8 if it is carried out against the individual’s will.”<sup>33</sup> Ut fra dette kan det slås fast at ethvert inngrep i den psykiske integriteten til pasienten er vernet av EMK art. 8, der det er utført i mot pasientens vilje og ikke har hjemmel i lov.

## 2.2.2 Autonomi

Integritetsvernet som følger av retten til privatliv, omfatter også vernet om den personlige integritet. Begrepet ”personlig integritet” er derimot ikke så ofte anvendt i praksis, mer vanlig er menneskets autonomi eller selvbestemmelsesrett. Begrepet autonomi er gresk, og blir direkte oversatt til selvlovgivning. Dette innebærer ”individets evne og rett til å ta selvstendige valg på bakgrunn av egne overbevisninger og rasjonelle overveielser.”<sup>34</sup> Det motsatte begrepet, heteronomi, sikter til når andre aktører foretar valg på vegne av et annet menneske.<sup>35</sup>

### 2.2.2.1 Pasientautonomi

Menneskets rett til selvbestemmelse gjelder like sterkt for pasienter i det psykiske helsevern, som ellers i samfunnet. Pasientautonomi og selvbestemmelsesrett er begreper som ofte er

---

<sup>31</sup> NOU 2009:1, pkt. 4.2.3

<sup>32</sup> *Bensaid v. The United Kingdom* (2001), avsn. 48

<sup>33</sup> *Storck v. Germany* (2005), avsn. 143

<sup>34</sup> NOU 2009: 1, pkt. 4.2.3

<sup>35</sup> Store Norske Leksikon (2014)

sentrale i diskusjoner rundt tvangsbruken i det psykiske helsevernet, spesielt i forhold til pasientenes deltagelse i beslutninger vedrørende sin egen helse. En problemstilling er derimot ofte at pasienten, på grunn av sitt sykdomsbilde, ikke vet hva som er best for seg selv. Eller at pasienten har problemer med å gi uttrykk for sine ønsker. I slike tilfeller henger det paternalistiske prinsipp igjen i det norske helsevesen, og tvangstiltak må ofte anvendes av hensyn til individet eller samfunnet. Likevel er det gitt uttrykk for i loven at selv om tvangstiltak er nødvendig og rettmessig, skal det "så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak."<sup>36</sup> Dette uttrykkes i loven nettopp som et vern om pasientens personlige integritet og må forstås som respekt for en persons vurderinger, uavhengighet og ukrenkelighet.<sup>37</sup> En slik brukermedvirkning som loven her legger opp til redegjøres nærmere for i pkt. 4.2.2.1.

Et viktig spørsmål er hvor grensen skal trekkes for pasientens selvbestemmelsesrett, der inngrep i privatlivet er nødvendig bl.a. av hensyn til pasientens selv eller medpasienter. Dette må avgjøres etter en helhetsvurdering, hvor verdiene omtalt overfor skal tillegges betydelig vekt. Menneskerettighetene og den nasjonale lovgivningen legger rammene for en slik avveining. Den videre fremstillingen vil redegjøre for hva som kreves av situasjonen for at pasientens integritet og selvbestemmelsesrett må vike, og tvangsbruken er rettmessig.

---

<sup>36</sup> Phvl. § 4-2 første ledd

<sup>37</sup> Kjønsstad (2008) s. 269-271

### 3 Kravet til et gyldig rettsgrunnlag

”Alle mennesker er født frie og like i verdighet og rettigheter”, står det skrevet i FNs Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948.<sup>38</sup> Dersom dette prinsippet skal fravikes, stiller både menneskerettighetene og den nasjonale lovgivningen krav til et gyldig rettsgrunnlag. Et slik gyldig rettsgrunnlag kan være samtykke eller lovhjemmel.<sup>39</sup>

#### 3.1 Samtykke

Det mest optimale rettsgrunnlaget for inngrep i privatlivet vil være at det foreligger et samtykke fra personen inngrepet gjelder, ettersom vedkommendes selvbestemmelsesrett da forblir ukrenket. I helseretten er kravet til samtykke uttrykt som hovedregelen for helsehjelp; ”[h]elsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke...”<sup>40</sup> Kravet til samtykke etter denne bestemmelsen gjelder også for tilfeller i det psykiske helsevern.<sup>41</sup> I formålsparagraf til pasient- og brukerrettighetslovens (pasrl.) står det skrevet at lovens bestemmelser skal bidra til å ”ivareta respekten for den enkelte pasients og brukers liv, integritet og menneskeverd.”<sup>42</sup> Kravet til samtykke er et viktig ledd for å ivareta denne respekten.

##### 3.1.1 Prosessuelle og personelle krav til samtykke

Dersom et samtykke skal være gyldig og kunne åpne for inngrep i pasientens privatliv, stiller pasrl. kapittel 4 visse krav. De prosessuelle krav retter seg mot selve samtykket, og omstendighetene rundt det. Først og fremst kreves det at det ikke foreligger tilblivelsesmangler, som f.eks. at pasienten blir presset til å samtykke til inngrepet.<sup>43</sup> Videre må samtykkes formkrav være oppfylt, både skriftlig og muntlig samtykke er her godkjent. I forhold til muntlig samtykke, fastslås det i pasrl. § 4-2 at både uttrykkelig og stilltiende samtykke er tilstrekkelig. Svakere stilt står hypotetisk samtykke, hvor en antar at dersom pasienten hadde hatt mulighet ville han/hun ha samtykket.<sup>44</sup> Dette på bakgrunn av at man aldri med sikkerhet kan vite hva vedkommende ønsker. For det tredje må samtykkes kvalitet samsvare med det som kreves i

---

<sup>38</sup> FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter art. 1

<sup>39</sup> NOU 2011:9, pkt. 4.1.1

<sup>40</sup> Pasient- og brukerrettighetsloven (pasrl.) § 4-1

<sup>41</sup> Phvl. § 2-1 første ledd

<sup>42</sup> Pasrl. § 1-1 andre ledd

<sup>43</sup> Ot. prp. nr. 12 (1998-1999), pkt. 6.7.1.5

<sup>44</sup> Kjørstad (2007), s. 262, pkt. 5.5.1



den aktuelle situasjonen. I dette ligger at pasienten må få tilstrekkelig med informasjon om hva det samtykkes til. Dette innebærer bl.a. informasjon om fremgangsmåten, forde-  
ler/ulempes og formålet med inngrepet.<sup>45</sup> Et slikt krav på informasjon er lovfestet i pasrl. § 3-2, og har bakgrunn i at en pasient ikke rettmessig kan samtykke til et inngrep som den ikke vet hva innebærer. Et inngrep basert på et slikt samtykke, vil innebære tvang og krever slike rettssikkerhetsgarantier det legges grunnlag for i phvl. kapittel 4.

Videre stiller loven krav til at pasienten må ha personell kompetanse for å avgi et samtykke, med andre ord et krav til pasientens samtykkekompetanse. For det første kreves formell samtykkekompetanse, som vil si at pasienten er over 16 år og ikke umyndiggjort.<sup>46</sup> Videre kreves at pasienten har reell samtykkekompetanse, som innebærer at pasienten er i stand til å forstå innholdet og konsekvensene av samtykket. Pasrl. § 4-3 andre ledd åpner for at samtykkekompetansen kan bortfalle i de tilfellene fysiske og psykiske lidelser er i veien for at pasienten "åpenbart" er i stand til å forstå hva samtykke omfatter. Pasienter i det psykiske helsevernet anses ofte å mangle samtykkekompetanse. I pasrl. forarbeider er dette presisert med at pasienten "har en redusert evne til å oppfatte aspekter ved sin livssituasjon, herunder å kunne over-  
skue konsekvensene av ulike handlingsvalg. De personlige forutsetningene for å foreta "frie valg" eller å avgi et "informert samtykke" er redusert."<sup>47</sup> I tilfeller hvor pasienten mangler slik forståelse, vil et samtykke ikke legitimere inngrep.

Det er viktig å bemerke seg at selv om en pasient har dårlig evne til å ta inn over seg informasjon om sin helse, kan det være visse områder at sitt sykdomsbilde pasienten vil ha evne til å forstå, og dermed kunne samtykke til inngrep. Hvorvidt en pasient har samtykkekompetanse eller ikke, og hvilke krav som skal stilles til samtykke, må derfor avgjøres konkret i hvert inngrep som skal foretas. Momenter til vurdering vil være pasientens personlige forutsetninger, tiltakets karakter og inngrepets alvorlighet.<sup>48</sup> Beslutningen om det foreligger samtykke må fattes etter en helhetsvurdering med vekt på forsvarligheten av inngrepet.

---

<sup>45</sup> Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 6.7.1.2

<sup>46</sup> Pasrl. § 4-3 første ledd bokstav a og b

<sup>47</sup> Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) pkt. 6.7.2.2

<sup>48</sup> Kjønstad (2008) s. 280

## 3.2 Legalitetsprinsippet

Der det fastslås at pasienten mangler sykdomsinnsikt og ikke kan samtykke til inngrep, kreves hjemmel i lov for at et inngrepet skal kunne gjennomføres med tvang. Dette omtales som legalitetsprinsippet, og er et prinsipp av grunnlovs rang gjeldende på alle rettsområder.<sup>49</sup> Prinsippet gjør seg svært gjeldende i helseretten, og spesielt innenfor det psykiske helsevern. Pasientene er ofte svakerestilte parter, og er lettere utsatt for å bli et offer for urimelig og vilkårlig behandling av myndighetene. Et krav til en lovhjemmel der slike inngrep skal foretas, sikrer viktige rettssikkerhetsgarantier som bl.a. klageadgang og i visse situasjoner fri rettshjelp.

I tillegg til at legalitetsprinsippet har grunnlovs rang i norsk rett, er det også gitt uttrykk for prinsippet i menneskerettighetene. I EMK art. 8 stilles det krav til at et inngrep er ”in accordance with the law”, for at et inngrep i privatlivet skal være rettmessig. Slike integritets-krenkende inngrep som det her åpnes for, stiller strenge krav til en klar og entydig lovhjemmel. Dette innebærer et krav til tilgjengelige og forutberegnelige lovhjemler.

### 3.2.1 Tilgjengelighet og forutberegnelighet

At menneskerettighetene krever at inngrepet er i samsvar med lov, innebærer for det første et krav til en lovhjemmel. ”Law” i menneskerettighetene tilsvarer derimot ikke den norske oversettelsen ”lov”, men samtlige nasjonale rettskildefaktorer som forarbeider, lovtekst, rettspraksis o.l.<sup>50 51</sup> Det avgjørende er derimot at rettsgrunnlaget oppfyller to vilkår; for det første er det et krav til at lovhjemmelen er tilgjengelig for rettighetssubjektet. Tilgjengelighetskravet er kommet til uttrykk flere ganger i EMD, og innebærer at ”the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case.”<sup>52</sup> Det kan med andre ord beskrives som et krav til offentliggjøring av lovtekst. Fra EMDs praksis anses det derimot tilstrekkelig hvis noe som er offentlig, henviser til rettsgrunnlaget.<sup>53</sup> For det andre er det et krav at lovhjemmelen er tilstrekkelig presis, slik at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling. Kravet til forutsigbarhet har EMD ansett som et krav til at borgeren ”must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable

---

<sup>49</sup> Grl. § 96 første ledd

<sup>50</sup> Rognlien, pkt. C nr. 1

<sup>51</sup> *Sunday Times v. The United Kingdom* (1979) avsn. 47

<sup>52</sup> *Ibid.* avsn 49

<sup>53</sup> *Autronic AG v. Switzerland* (1990), avsn. 57

in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”<sup>54</sup> Dette er et krav som retter seg mot lovtekstens innhold, og stiller krav til at ordlyden er forståelig for allmennheten.

Både kravet til tilgjengelighet og forutberegnelighet stiller svært sterkt ved tvangsanvendelse i det psykiske helsevern, spesielt av to grunner. For det første vil det kunne gi pasienten og deres pårørende et bilde av hvilke tilfeller av lover åpner for bruk av tvang. Ved å være forberedt på når tvang kan anvendes og under hvilke vilkår, kan det bidra til å gjøre hele opplevelsen mindre traumatisk. Tilgjengelighet og forutsigbarhet i lovteksten vil videre bidra til å gi pasienten og pårørende et bilde av hvilke krav de kan gjøre gjeldende etter et tvangsinngrep. Dette gjelder hva de kan kreve i egenskap av å være pasient/pårørende, og spesielt i forhold til klageadgangen på tvangsvedtak. Først og fremst er kravet til tilgjengelighet og forutsigbarhet viktig fordi det bidrar til å styrke rettssikkerheten til borgerne, og hindrer vilkårlig inngrep fra myndighetene. Videre er det viktig for bl.a. forholdet pasient-helsearbeider. Store overraskelser for pasienten, kan gi større følelse av krenkelse og tvang, og skape usikkerhet i forhold til helsevesenet.

### 3.2.2 Nødrett

I tillegg til å ha hjemmel for tvangsbehandling i psykisk helsevernloven, kan i visse tilfeller tvang også anvendes etter nødrett- og nødvergebestemmelsene i strl. §§ 47 og 48. Dette gjelder ved faresituasjoner, hvor tvang anses nødvendig for å få kontroll på en situasjon. Tvangsanvendelse uten grunnlag i psykisk helsevernloven, er som tidligere nevnt straffbart etter strl. § 222. Nødverge- og nødrettsbestemmelsen gjør derimot nødvendig tvang straffritt. I praksis kan dette f.eks. innebære at tvangsbehandling etter phvl. § 4-4 blir anvendt uten at en tilstrekkelig legeundersøkelse er foretatt på forhånd, som loven stiller krav til.

---

<sup>54</sup> Sunday Times v. The United Kingdom (1979) avsn. 49

## 4 Krav til nødvendighet i inngrepet

I de påfølgende avsnittene skal det redegjøres nærmere for hva som ligger i kravet til at inngrepet må være nødvendig etter EMK art. 8. Rettspraksis fra EMD viser at det ofte er spørsmålet om inngrepets nødvendighet som er den avgjørende faktoren for hvorvidt inngrepet er rettmessig eller ikke. En redegjørelse av innholdet i kravet vil derfor være et viktig bidrag til å besvare oppgavens problemstilling; i hvilken utstrekning rett til privatliv etter EMK art. 8 verner om integriteten til pasienter i det psykiske helsevern. Sentralt i nødvendighetskravet står en proporsjonalitets- og en skjønnsvurdering, som skal foretas i alle tilfeller hvor rettmessigheten av et inngrep skal avgjøres. Redegjørelsen videre vil forsøke å kaste lys over hvordan en slik nødvendighetsvurdering vil foregå i EMD, og hvilke rammer konvensjonen oppstiller.

### 4.1 Nødvendighetskravets rekkevidde

Hva som ligger i begrepsbruken "necessary in a democratic society" kan være vanskelig å fastslå, pga. uttrykkets vage og skjønnspregede innhold. EMD har derimot gitt visse retningslinjer for tolkningen av begrepet. I *Silver m.fl. mot Storbritannia* fastslo domstolen at det ikke stilles et krav til absolutt nødvendighet, men at det kreves mer enn at inngrepet er hensiktsmessig, ønskelig o.l.<sup>55</sup> Det vil ikke være mulig å redegjøre for en uttømmende definisjon av hva som faller inn under nødvendighetskravet, ettersom det vil variere fra sak til sak hva som kreves. I *Silver* anførte EMD likevel en videre retningslinje for begrepet, da de stilte krav til "a pressing social need" bak inngrepet. Å stille krav til et presserende sosialt behov er en gjenganger i EMD sin praksis, og innebærer at det må foreligge et behov for innskrenkningen i den gjeldende rettighet. Begrepet *presserende* stiller krav til en viss grad av styrke i behovet.<sup>56</sup> At det må foreligge et *sosialt* behov innebærer at behovet må ha grunnlag i et av formålene som oppramsas i artikkelen, som f.eks. offentlig sikkerhet, beskyttelse av helse m.m.

At det i EMK stilles krav til hva som er nødvendig i et "democratic society", sikter til at verdiene som tilsier nødvendigheten av inngrepet er felles for demokratiske samfunn. EMD har lagt avgjørende vekt på verdier som pluralisme, toleranse og et åpent sinn.<sup>57</sup> Domstolen har likevel uttalt at "nødvendig i et demokratisk samfunn" ikke alltid innebærer at flertallets mening er avgjørende, men "a balance must be achieved which ensures the fair and proper treat-

---

<sup>55</sup> *Silver and others v. The United Kingdom* (1983), avsn. 97

<sup>56</sup> Falck (1995), pkt. 5.3.2

<sup>57</sup> *Handyside v. The United Kingdom* (1976), avsn. 49

ment of minorities and avoids any abuse of a dominant position.”<sup>58</sup> Dette utsagnet er i kjernen av vernet mot tvangsbruk i det psykiske helsevern, hvor pasientene ofte er en minoritet lettere utsatt for vilkårlig inngrep av myndighetene.

## 4.2 Proporsjonalitetsvurdering

Når det i de nasjonale domstolene og menneskerettighetsdomstolen skal avgjøres om et inngrep i privatlivet er nødvendig, henvises det ofte til en såkalt proporsjonalitetsvurdering. Dette innebærer at det må være et proporsjonalt forhold mellom mål, altså inngrepets formål, og middel, altså tvangsinngrepets karakter. Vurderingen kan deles opp i et krav om tre vilkår som må være oppfylt.<sup>59</sup> For det første kreves det at inngrepet må være *egnet* til å nå formålet. I forhold til tvangsbruken i psykiatrien innebærer dette at man ved det aktuelle tiltaket som iverksettes, f.eks. skjerming, vil kunne oppnå det man ønsker, som f.eks. å roe ned pasienten. Dersom en pasient har angst for å være alene og av den grunn utagerer, vil mest sannsynlig det å avskjerme han fra medpasienter og helsepersonell ikke være et tiltak som roer ned pasienten. Det vil av den grunn derfor ikke være proporsjonalt og heller ikke rettmessig. Videre kreves det at inngrepet må være *nødvendig* for å oppnå formålet. Dette utelukker bruk av visse tvangsinngrep der formålet vil kunne oppnås med inngrep av mindre krenkende karakter eller samarbeid med pasienten. F.eks. i en situasjon hvor en pasient skaper uro, vil ikke tvangsmiddelbruk etter phvl. § 4-8 være tillat der det vil være tilstrekkelig og skjerme pasienten etter phvl. § 4-3. Dette omtales som ”minste inngreps prinsipp” og redegjøres nærmere for i punkt 4.2.4. Til slutt kreves det at inngrepet må *stå i forhold til det som oppnås*. I en den omtalte høyesterettsdommen beskrev domstolen vurderingen slik; ”Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.”<sup>60</sup> Inngrep som oppfyller disse tre vilkårene, vil være proporsjonale og av den grunn oppfylle konvensjonens krav til nødvendighet.

### 4.2.1 Momenter ved vurderingen

Vilkårene som er nevnt overfor setter en ramme for hva som ligger i konvensjonens krav til nødvendighet. Likevel er vilkårene *egnet*, *nødvendig* og *forholdsmessig* svært skjønnspreget,

---

<sup>58</sup> Chassagnou and others v. France (1999), avsn. 112

<sup>59</sup> Andenæs (2014), s. 64

<sup>60</sup> Rt. 2015 s. 93 avsn. 60

og de sier lite om hvilke styrke som faktisk kreves. Spørsmålet er hvor egnet, nødvendig og forholdsmessig et inngrep må være for at det skal anses nødvendig. Her legger EMD opp til en faglig vurdering som må avgjøres ved hvert enkelt tilfelle. Det er likevel en rekke omstendigheter rundt et inngrep og den vernede rettigheten som vil påvirke vurderingen.

Først og fremst er det sentralt hvilken av de konvensjonsvernede rettighetene inngrepet foretas i. EMK legger til rette for en proporsjonalitetsvurdering ved samtlige av konvensjonsbestemmelsene som åpner for inngrep, og innholdet i vurderingen vil variere i forhold til hvilken rettighet man står overfor. Ordlyden ”necessary in a democratic society” legger føringer for proporsjonalitetsvurderingen ved inngrep i retten til privatliv. Menneskets rett til privatliv er en grunnleggende rettighet for alle mennesker, og inngrep i denne retten stiller derfor krav til stor grad av nødvendighet. Dette innebærer at dersom det skal foretas inngrep, må det være klart overveiende hensyn som taler for dette. Likevel stilles det ikke like strengt krav til nødvendigheten som ved EMK art. 2 og retten til liv. Bestemmelsens andre ledd åpner for å ta liv i tilfeller hvor det er ”absolutely necessary”, noe som tilsier et strengere krav enn i EMK art. 8.

Videre har EMD ved vurderingen av inngrepets nødvendighet lagt vekt på hvilket område av privatlivet inngrepet rettes mot.<sup>61</sup> Ved tvangsbehandling i det psykiske helsevern har domstolen lagt til grunn et krav om ekstra årvåkenhet, i spørsmålet om et inngrep er konvensjonsstridig eller ikke. Dette ble fastslått av domstolen i *Herczegfalvy mot Østerrike*, hvor det ble lagt vekt på ”the position of inferiority and powerlessness which is typical of patients confined in psychiatric hospitals”.<sup>62</sup> Utsagnet fra domstolen innebærer ikke at psykiatriske pasienter har et sterkere vern om privatlivet enn andre, men sikter til at det skal utvises ekstra forsiktighet ved inngrep overfor denne gruppen. Pasienter i det psykiske helsevern har ofte ikke mentale eller økonomiske ressurser til å klage på myndighetenes tiltak, og av den grunn bortfaller ofte store deler av deres rettsikkerhet. Proporsjonalitetsvurderingen ved slike tilfeller skal derfor være preget av nøye gjennomtenkte og godt overveide avgjørelser.

---

<sup>61</sup> *Dudgeon v. The United Kingdom* (1981) avsn. 52

<sup>62</sup> *Herczegfalvy v. Austria* (1992) avsn. 82

Proporsjonalitetsvurderingen ved tilfeller i det psykiske helsevern, vil også variere ved de ulike inngrepene som den nasjonale lovgivningen åpner for. Det stilles f.eks. krav til stor grad av nødvendighet for å anvende tvangsmidler som bl.a. belter og remmer for å hindre pasientens bevegelsesfrihet, jf. ordlyden ”uomgjengelig nødvendig”.<sup>63</sup> For skjerming etter phvl. § 4-3 stilles det derimot kun krav til at inngrepet er ”nødvendig”. Forskjellen skyldes størrelsen på inngrepets karakter, og hvor krenkende det vil oppfattes for pasienten. Sammenligner man ordlyden i skjermingshjemmelen og tvangsmiddelhjemmelen er det klart at bruk av tvangsmidler stiller strengere krav til nødvendigheten av vernet om medpasientene, enn hva som kreves ved skjerming. Dermed vil proporsjonalitetsvurderingen ved de to tilfellene bli forskjellige.

Til slutt vil også særegne omstendigheter ved det aktuelle tilfelle få betydning for proporsjonalitetsvurderingen og hvor strengt krav til nødvendighet som stilles. Dette kan være elementer ved det aktuelle tilfelle som leder opp til inngrepet, eller ved vedkommende som inngrepet utøves mot. Alder vil bl.a. være en avgjørende faktor for hvor strenge krav til nødvendighet som stilles ved det aktuelle tilfellet. Videre vil også pasientens tidligere erfaring med tvang tillegges vekt ved nødvendighetsvurderingen. Dette kommer til uttrykk i det lovfestede kravet om vernet av pasientens personlige integritet, som nå skal redegjøres nærmere for.

#### 4.2.2 ”Minste inngreps prinsipp”

Et uttrykk ofte brukt i sammenheng med proporsjonalitetsvurderingen i det psykiske helsevern er ”minste inngreps prinsipp”. Prinsippet innebærer at det ikke skal påføres pasienten en større belastning enn det som er strengt nødvendig i den konkrete situasjonen. Dette innebærer f.eks. at dersom en utagerende pasient kan roes ned ved å avskjermes fra medpasienter og helsepersonell, finnes det ikke hjemmel for beltelegging eller å gi beroligende midler med tvang. Hovedregelen etter EMK art. 8 er en rett til et privatliv, av dette er det naturlig å anta at dersom det skal gjøres inngrep i denne rettigheten må inngrepet være av minst mulig inngripende karakter for pasienten. I norsk lovgivning kommer prinsippet til uttrykk i phvl. § 4-2. I tillegg til at det stilles krav til at tvang kun anvendes der det er ”strengt nødvendig”, legges til rette for at pasienten skal kunne medvirke til gjennomføringen av tvangsbehandlingen.

---

<sup>63</sup> Phvl. § 4-8 første ledd

#### 4.2.2.1 Brukermedvirkning

Selv om det har oppstått en situasjon hvor tvang er nødvendig, opphører ikke arbeidet mot samarbeid og frivillighet i helsehjelpen. Loven åpner for at pasientens syn på ulike tvangstiltak skal få en sentral plass i vurderingen av om tvang skal anvendes, og eventuelt i forhold til hvilket tvangstiltak. Dette kommer også til uttrykk i phvl. § 3-12 og pasientens rett til å uttale seg. Ved å vektlegge pasientens syn og erfaringer med bruk av tvang, vil dette kunne bidra til at pasientens integritet ivaretas i større grad. Har pasienten dårlig erfaring med et tidligere tvangstiltak, f.eks. bruk av en bestemt type beroligende medisin, skal det i nye situasjoner så langt som mulig velges en annen type medisin. Dette vil påvirke proporsjonalitetsvurderingen, ettersom bruk av en medisin som pasienten har uttrykt misnøye mot, tilsier stor grad av nødvendighet. I rapporten Brukermedvirkning – psykisk helsefeltet legges det vekt på viktigheten av at pasientene får ta del i beslutningene vedrørende sin egen helse, også i tilfeller ved tvang. Brukermedvirkning vil kunne ”påvirke selvbildet på en positiv måte og dermed styrke brukerens motivasjon. Dette vil dermed kunne bidra positivt til brukerens bedringsprosess, og således ha en terapeutisk effekt. I motsatt fall kan den hjelpeløsheten mange brukere opplever bli forsterket.”<sup>64</sup> Den faktiske bruken av tvang og pasientens opplevelse av tvang samsvarer ofte ikke. Tilfeller hvor det anvendes tvang kan i visse situasjoner oppleves av pasienten som frivillig, og omvendt. At pasienten får dele sitt syn på tidligere bruk av tvang og at det eventuelt av den grunn velges et annet tiltak, vil kunne minske opplevelsen av at det foreligger tvang. Bare det å åpne for en dialog om tvangsbruken, kan være med å bidra til dette. I tillegg til å ha en positiv effekt på pasientens helse, vil det også kunne bidra til å skape tillitt mellom pasient og helsepersonell. At pasienten føler seg trygg på helsevesenet kan være en viktig faktor for at frivillig behandling lettere lar seg gjøre ved senere anledning.

Det vil oppstå tilfeller hvor pasientens preferanser ikke kan vektlegges på grunn av situasjonens omstendigheter. Brukermedvirkningen begrenses her til ”så langt det er mulig”<sup>65</sup>. Det er likevel viktig å huske at selv om situasjonen er av en slik karakter at pasientens syn på behandlingen ikke kan vektlegges, foreligger det likevel et absolutt krav om at inngrepet innskrenkes til det strengt nødvendige.

---

<sup>64</sup> Sosial- og helsedirektoratet (april 2006) pkt. 1.3

<sup>65</sup> Phvl. § 4-2 første ledd



### 4.3 Skjønnsvurdering – ”margin of appreciation”

Den omtalte proporsjonalitetsvurderingen gir visse føringer for hva som skal tillegges vekt ved avgjørelsen av om et inngrep er nødvendig, men det foreligger ingen klare retningslinjer verken i EMK eller rettspraksis fra EMD. Først og fremst skyldes dette konvensjonens skjønnspregede utforming. Når EMD skal fastslå om det foreligger et brudd på konvensjonen foretar den ofte nærmere begrepsavklaringer av konvensjonens innhold, som vil være retningslinjer for hvordan en vurdering av inngrepets rettmessighet skal foretas. Ved flere av konvensjonens skjønnspregede uttrykk holder derimot domstolen tilbake, og overlater vurderingen til de nasjonale myndighetene. EMD omtaler dette som en ”margin of appreciation”. Dette innebærer at de nasjonale myndighetene sine vurderinger av hvorvidt et inngrep er nødvendig eller ikke, i mindre grad prøves av EMD. Hvor mye av de nasjonale myndighetenes vurderinger som prøves avhenger av hvor stor grad av skjønn de er tildelt. Skjønnsmarginen EMK overlater til de nasjonale myndighetene, kan sammenlignes med vår domstols kontroll med forvaltningens virksomhet. Her er forvaltningens skjønn som regel unndratt domstolsprøving.<sup>66</sup>

”Margin of appreciation” er et domsstolsskapt prinsipp og kom først til uttrykk i *Handyside* mot Storbritannia i 1976. Dommen gjaldt hvorvidt det forelå et brudd på ytringsfriheten etter EMK art. 10, da myndigheten la ned forbud mot produksjon og salg av en bok på grunn av dens seksuelle innhold. Myndighetene fikk medhold i sitt forbud, med bakgrunn bl.a. i at ”[s]tate authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.”<sup>67</sup> Dette omtales som subsidiaritetsprinsippet, eller nærhetsprinsippet, og tilsier at de nasjonale myndighetene er bedre egnet til å kunne foreta en avgjørelse av hvorvidt inngrepet er konvensjonsstridig eller ikke.<sup>68</sup> Det vil være vanskelig for den internasjonale domstolen å få et fullt overblikk over sakens faktum, og dermed foreta en rettmessig avgjørelse.

Selv om statenes skjønnsmargin ikke kommer til uttrykk verken i konvensjonens ordlyd eller i forarbeidene, er det flere forhold ved konvensjonens system som bygger opp til at statene skal

---

<sup>66</sup> Broch (2005) s. 259

<sup>67</sup> *Handyside v. The United Kingdom* (1976) avsn. 48

<sup>68</sup> Sørensen (2004), pkt. 2.3.1

tildeles en viss grad av skjønn.<sup>69</sup> For det første er skjønnsmarginen en konsekvens av EMK art. 1 som gir statene primæransvaret for å sikre ”enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter og friheter” i konvensjonen. Videre er det etter EMK art. 13 de nasjonale domstolene som i første omgang skal foreta en prøving av hvorvidt en konvensjonsrettighet er krenket eller ikke. Domstolen i Strasbourg skal kun fungere som en kontrollinstans i de tilfeller hvor de nasjonale myndighetenes gjennomføringsplikt har sviktet. En annen bakgrunn for skjønnsmarginen kan tenkes i behovet for en balanserende komponent mot EMDs dynamiske og autonome tolkning. Hvor en dynamisk tolkningsstil innebærer at konvensjonen skal tolkes i tråd med samfunnsutviklingen og en autonom tolkningsstilen innebærer at det er EMD sin tolkning av ord og uttrykk som er gjeldende, f.eks. som begrepet ”law” nevnt tidligere. Ved at det overlates en grad av skjønn til de nasjonale myndighetene, opprettholder de en viss kontroll over tolkningen av egen lov.

#### 4.3.1 Skjønnsvurderingens rekkevidde

Graden av skjønn statene tildeles av EMD er relativ, og domstolen gir gjentatte ganger uttrykk for at skjønnsmarginen ”will vary in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake.”<sup>70</sup> På lik linje som i proporsjonalitetsvurderingen er det flere momenter som avgjør hvor stor grad av skjønn statene tildeles. Først og fremst gir konvensjonsbestemmelsens ordlyd uttrykk for statens skjønnsmargin, eller tilfeller der statene ikke overlates noen grad av skjønn, som f.eks. gjelder de absolutte rettigheter i EMK. Retten til privatliv etter EMK art. 8 åpner for en skjønnsmargin i andre ledd, ved begrepsbruken ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Hvor stor grad av skjønn som tildeles i denne ordlyden, vil avgjøres etter en helhetsvurdering hvor en rekke forhold spiller inn.

Videre avgrenses fremstillingen opp mot hvilke forhold som påvirker statenes skjønnsmargin i det psykiske helsevern. Dette vil bidra til å danne et klarere bilde av hvilke krav EMK art. 8 stiller for at inngrep i privatlivet er rettmessig, som igjen vil danne et bilde av pasientenes vern etter konvensjonen. Det er derimot viktig å huske at graden av skjønn avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle som oppstår. Den videre fremstillingen vil derfor kun være retningslinjer,

---

<sup>69</sup> Broch (2005), s. 260

<sup>70</sup> *Pretty v. The United Kingdom* (2002) avsn. 70

og vil ikke kunne gi et helt klart bilde av rekkevidden av statenes skjønnsmargin i de psykiske helsevern.

#### *4.3.1.1 Herczegfalvy mot Østerrike*

EMD har gitt en viss føring for hvor stor grad av skjønnsmargin som overlates til statene i spørsmål angående det psykiske helsevern. Den nevnte dommen, *Herczegfalvy mot Østerrike*, omhandlet en pasient som over en lengre periode var tvangsmedisinert og tvangsforet i forbindelse med en sultestreik, samtidig som han tilbrakte lengre perioder fastreimet til sengen. Vedkommende klagde inn brudd på forbudet mot tortur etter EMK art. 3 og retten til privatliv etter EMK art. 8. Til tross for at behandlingen resulterte i tap av tenner, ribbeinsbrudd og blåmerker, fant ikke domstolen at det forelå brudd på verken på art. 3 eller et brudd på retten til privatliv etter art. 8. Han fikk kun gjennomslag på at det forelå brudd på rett til korrespondanse ved at myndighetene foretok brevsensur, men det kun på grunnlag av at den nasjonale lovgivningen ikke hadde hjemmel som tillot dette (legalitetsprinsippet). Domstolen la til grunn for sin avgjørelse at "it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves."<sup>71</sup> Domstolen la vekt på subsidiaritetsprinsippet, og at helsepersonellet er best egnet til å foreta en riktig skjønnsmessig vurdering av om det foreligger en situasjon som nødvendiggjør et inngrep. I det foreliggende tilfellet sto man overfor grove integritetsbrudd i pasientens privatliv, likevel prøvde domstolen i begrenset grad de nasjonale myndighetenes vurderinger av inngrepets nødvendighet. Med andre ord var myndighetene overlatt en vid skjønnsmargin.

EMD gir derimot uttrykk for flere begrensninger i myndighetenes skjønnsmargin. Slikt det kommer frem i domstolens uttalelser, er helsepersonellets vurderinger begrenset i kravet til at avgjørelsen må ha grunnlag i anerkjente regler for medisinsk vitenskap. En behandlingsmetode kan derfor ikke klart fravike fra hva som er vanlig behandlingspraksis innen medisin. Et eksempel her vil være den tidligere nevnte bruken av lobotomi som behandlingsmiddel i det psykiske helsevern. I 1990 ble det besluttet å sette ned et utvalg som skulle se på bruken av lobotomi i Norge. I denne utredningen ble det klart at slik behandling ikke lenger kunne anses

---

<sup>71</sup> *Herczegfalvy v. Austria* (1992) avsn. 82

som medisinsk forsvarlig, på bakgrunn av den skadelige effekten behandlingen kunne ha på pasientens liv og helse.<sup>72</sup> I dag har dermed slik behandling ikke grunnlag i anerkjente medisinsk vitenskap, og er av den grunn rettsstridig. I saken mot Østerrike åpner EMD for at inngrep som er en "therapeutic necessity" ikke kan anses som umenneskelig eller nedverdiggende. Selv om domstolen egentlig refererer til torturforbudet i EMK art. 3 i dette tilfellet, vil utsagnet også være relevant for inngrep i retten til privatliv. Dette innebærer at inngrep som er nødvendig for pasientens helseutsikt ikke innebærer brudd på konvensjonen. En begrensning i myndighetenes skjønnsmargin er likevel at domstolen "must nevertheless satisfy itself that the medical necessity has been convincingly shown to exist."<sup>73</sup> Der domstolen er i tvil, må de nasjonale myndighetene dokumentere overfor EMD at inngrepet var nødvendig av medisinske grunner.

Det finnes flere ikke-bindende instrumenter som gir pasienter i det psykiske helsevern et sterkere og mer detaljert vern enn EMK art. 8.<sup>74</sup> I den omtalte dommen la EMD ikke vekt på vernet i disse såkalte "soft-law" instrumentene, og har heller ikke gjort det ved senere anledninger. Disse instrumentene vil ikke kunne begrense myndighetenes skjønnsmargin. Likevel vil de være veiledende for de nasjonale myndighetene ved gjennomføringen av det psykiske helsevern og oppbyggingen av den nasjonale lovgivningen på området.<sup>75</sup>

I Herczegfalvy-dommen la domstolen vekt på at man i det psykiske helsevern sto overfor faglige spørsmål, som enklest lot seg besvare av de nasjonale myndighetene. Ved at EMD av den grunn unnlot å prøve store deler av myndighetenes vurdering, kan det fastslås en vid skjønnsmargin på området. EMD har heller ikke avsagt noen ny dom i ettertid, som går vekk fra en slik skjønnsmargin. Derimot ble dommen avsagt i 1992, og fokuset på et sterkt vern om pasientenes integritet har steget med årene. I tråd med EMKs dynamiske tolkningsstil kan det stilles spørsmål om den vide skjønnsmarginen domstolen gir uttrykk for, bør opprettholdes. I det følgende skal jeg redegjøre for andre faktorer som påvirker skjønnsmarginen på området, og hvorvidt disse støtter EMD sine uttalelser i den omtalte dom.

---

<sup>72</sup> NOU 1992:25, pkt. 3 flg.

<sup>73</sup> Herczegfalvy v. Austria (1992) avsn. 82

<sup>74</sup> Bl.a. Europarådets rekommandasjon om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk sykdom (2004)

<sup>75</sup> NOU 2011:9 pkt. 6.2 s. 61

#### 4.3.1.2 Helse- og moralspørsmål

Ved vurderingen av hvor vid skjønnsmargin myndighetene tildeles, er inngrepets formål ofte en sentral faktor.<sup>76</sup> Etter EMK art. 8 andre ledd åpnes det bl.a. for inngrep i privatlivet der det er begrunnet i moralske hensyn. Tvangsinngrep i det psykiske helsevern faller ofte under dette formålet. Hvorvidt det foreligger grunnlag for å f.eks. tvangsbehandle en pasient må veies opp mot de moralske verdiene som taler for og imot. Så å si i hver beslutning om tvang i det psykiske helsevern, er spørsmålet om moralsk korrekthet sentral. EMD har i flere tilfeller uttalt at inngrep hjemlet i moralske formål tilsier en vid skjønnsmargin.<sup>77</sup> Her legger domstolen avgjørende vekt på at moralske spørsmål vil variere sterkt fra tid til tid og fra sted til sted, og derfor vil de nasjonale myndighetene være best egnet til å fastslå hva som er moralsk riktig i sitt samfunn. Subsidiaritetsprinsippet tillegges i slike tilfeller avgjørende vekt. Det finnes ingen universell oppfatning av moral som gir føringer for når et inngrep er nødvendig eller ikke, alle ulike samfunn i verden har forskjell utgangspunkt og grunnlag for å foreta en slik avgjørelse. Dette støtter opp EMD sine uttalelser i Herczegfalvy-dommen, om en vid skjønnsmargin for området psykisk helsevern.

En slik vid skjønnsmargin kan også antas i tilfeller der inngrep i privatlivet er begrunnet i pasientens helse. I slike tilfeller må vernet etter privatlivet i EMK art. 8 vurderes opp mot myndighetenes plikt til å sikre høyest oppnåelig helsestandard for sine borgere etter ØSK art. 12. EMD har uttalt at i tilfeller hvor det er to motstridende private interesser, begge vernet i menneskerettighetene, er de nasjonale myndighetene best egnet til å fastslå hvorvidt det foreligger ”a “pressing social need” capable of justifying interference with one of the rights guaranteed by the Convention.”<sup>78</sup> Igjen står subsidiaritetsprinsippet sterkest, og tilsier en vid skjønnsmargin.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Sørensen (2004), pkt. 2.4.1

<sup>77</sup> Handyside v. The United Kingdom (1976), avsn. 48

<sup>78</sup> Chassagnou v. France (1999) avsn. 113

<sup>79</sup> Sørensen (2004), s. 152

#### 4.3.1.3 Europeisk rettsenhet

Der det oppstår problemstillinger på et område hvor det finnes en felles europeisk rettsenhet, taler dette for en snever skjønnsmargin.<sup>80</sup> Her vil ikke de nasjonale myndighetene få like stort rom til å fatte beslutninger på bakgrunn av egen nasjonal lov. På slike områder vil EMD bidra med å styrke den europeiske standarden, slik at den blir gjeldende i samtlige land. Ved en snever skjønnsmargin, kan domstolen opprettholde kontroll over utviklingen. I NOU 2011:9 om økt selvbestemmelse og rettssikkerhet er det gjort en fremstilling av lovgivningen i det psykiske helsevern i flere europeiske land.<sup>81</sup> Fremstillingen viser at samtlige land har tilsvarende lovbestemmelser som Norge angående tvangsbruk i psykiske helsevern. Små forskjeller i begrepsbruk og oppbygningen av lovgivningen finner sted, men verdier som selvbestemmelse og minste-inngreps prinsipp har en sentral rolle i lovgivningen. Dette taler for at det foreligger en felles europeisk rettsenhet rundt reglene for tvangsbehandling i det psykiske helsevern, og tilsier en snever skjønnsmargin for statene på området.

#### 4.3.1.4 Inngrep i intime og viktige aspekter i privatlivet

Som påpekt i kapittelet om proporsjonalitetsvurderingen er det av stor betydning hvilket område av privatlivet inngrepet er rettet mot. Dette vil også påvirke myndighetenes skjønnsmargin. Domstolen har uttalt at "[t]he margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights."<sup>82</sup> I det psykiske helsevern er tvangsinnngrepene som foretas ofte avgjørende for pasientenes utnyttelse av retten til privatliv. På slike områder opprettholdes vernet bedre dersom EMD har ansvaret for hvordan konvensjonen skal tolkes. Dette taler for at statene, i spørsmål angående inngrep i psykiatriske pasienters privatliv, overlates lite skjønn der inngrepet i stor grad begrenser rettigheten. Til støtte for dette har også EMD gitt uttrykk for en videre prøvingsintensitet, der inngrep retter seg mot minoritetsgrupper.<sup>83</sup>

#### 4.3.2 Oppsummerende bemerkninger

Etter redegjørelsen overfor ser man klart at de ulike momentene trekker skjønnsmarginens rekkevidde i forskjellige retninger. Det er viktige momenter som taler for en vid skjønnsmar-

---

<sup>80</sup> Ibid. pkt. 2.4.4

<sup>81</sup> NOU 2011:9 pkt. 5 flg.

<sup>82</sup> Connors v. The United Kingdom (2004), avsn. 82

<sup>83</sup> Beard v. The United Kingdom (2001), avsn. 94

gin, samtidig som det er viktige momenter som taler mot. Dette bekrefter det tidligere utsagnet om at det aldri vil kunne redegjøres generelt for hvorvidt skjønnsmarginen er vid eller snever i det psykiske helsevern. Likevel kan det gis uttrykk for et utgangspunkt, og bemerkningene om en vid skjønnsmargin i Herczegfalvy-dommen blir her avgjørende. Som påpekt i pkt. 1.3 er EMD i prinsippet ikke bundet av sine tidligere avgjørelser. Siden Herczegfalvy-dommen ble avsagt i 1992 har det vært flere rettsavgjørelser hvor domstolen har videreført den vide skjønnsmarginen i det psykiske helsevern. Det er EMD sin oppgave og legge føringer for hvordan EMK skal tolkes, og at de har gitt uttrykk for en vid skjønnsmargin på området skal derfor legges til grunn.

Skjønnsmarginen er kritisert av mange, og omtales som et prinsipp som blir brukt av domstolen for å unngå upopulære og vanskelige beslutninger.<sup>84</sup> Det er ofte spørsmålet om statenes skjønnsmargin som er det avgjørende momentet ved rettsavgjørelser, og der statene tildeles en vid skjønnsmargin vil det kunne begrense individenes rettigheter etter konvensjonen. Av andre er derimot marginen ansett som en viktig brikke for å bevare statenes kontroll med situasjonen i sitt eget land og anvendelse av egen nasjonal lovgivning. Tidligere president for EMD, Humphrey Waldock, uttalte at marginen er viktig for å forene en effektiv drift av konvensjonen med de suverene myndigheter og ansvaret for regjeringer i demokratiet. Det er likevel viktig å merke seg at i tilfeller hvor statene tildeles en vid skjønnsmargin, er aldri denne marginen ubegrenset.<sup>85</sup> Som påpekt tidligere er det flere av domstolens uttalelser i den omtalte saken mot Østerrike, som legger begrensninger på skjønnsmarginens rekkevidde. Det er EMD som har det siste ordet hvorvidt et inngrep anses nødvendig eller ikke, og skjønnsmarginen vil aldri kunne strekkes ut over rammene som EMK og EMD angir. Dette kommer også til uttrykk i EMK art. 17 og 18 som legger til grunn at unntakene fra rettighetene i konvensjonen aldri skal tolkes utvidende. Dette innebærer at de nasjonale myndighetene aldri kan foreta inngrep i rettighetene ut over det unntaket i andre ledd gir grunnlag for.

#### ***4.3.2.1 Dagens rettsstilling - subsidiaritetsprinsippet***

Nevnt innledningsvis har subsidiaritetsprinsippet fått økt betydning de siste årene. I EMKs tilleggsprotokoll nr. 15 artikkel 1 fremheves prinsippet om subsidiaritet og skjønnsmarginen

---

<sup>84</sup> Broch (2005), s.260 - 261

<sup>85</sup> Handyside v. The United Kingdom (1976) avsn. 49

som grunnleggende i forholdet mellom EMK og de nasjonale myndighetene. Til tross for at protokollen enda ikke er underskrevet av alle medlemslandene og har derfor ikke trådt i kraft, gir den en antydning på hvilken vei rettsutviklingen går. Subsidiaritet innebærer kort fortalt at EMD ”ikke skal gjøre det som statene selv kan gjøre”<sup>86</sup>, og er et anerkjent prinsipp i folkeretten. EMD er i større grad villige til å akseptere de nasjonale myndighetenes anvendelse av konvensjonen, med den begrensning proporsjonalitetsvurderingen inneholder.<sup>87</sup> Med andre ord tillegges de nasjonale myndighetene i større grad en skjønnsmargin ved samtlige konvensjonsrettigheter. Subsidiaritetsprinsippet er bl.a. begrunnet i de nasjonale myndighetenes lojalitet overfor EMK. Myndighetene skal være trofaste mot konvensjonen, og tolke sin egen lovgiving i samsvar med EMK. Til gjengjeld tildeles de en større frihet.

#### *4.3.2.2 Fremstillingen videre*

Innledningsvis reiste jeg spørsmålet om skjønnsmarginen innebærer en begrensning i rekkevidden av vernet etter EMK art. 8, og eventuelt hvor mye vernet begrenses. Slik det kommer frem i redegjørelsen overfor, er dagens vern om privatlivet til pasientene i det psykiske helsevern i stor grad overlatt til de nasjonale myndighetene, med visse begrensninger. Dette innebærer at den sentrale og ofte avgjørende vurderingen av hvorvidt et inngrep i privatlivet er nødvendig overlates til de nasjonale myndighetene. For en nasjon som Norge, med fokus på rettssikkerhet og menneskets integritet, vil derimot ikke dette ha store konsekvenser for innholdet i vernet. Bestemmelsene som hjemler inngrep i privatlivet stiller strenge krav til situasjonen, og til hvordan gjennomføringen av inngrepet skal foretas. Det skal likevel ikke utelukkes at det oppstår tilfeller hvor inngrep i privatlivet strekkes lengre enn hva som faktisk er nødvendig, og ikke minst lovlig. Den pågående debatten rundt det psykiske helsevern i Norge, gjør det sentralt å se nærmere på den nasjonale lovgivningen.

Den videre fremstillingen retter seg mot ulike hjemler som åpner for inngrep i privatlivet i den nasjonale lovgivningen. På bakgrunn av at myndighetene er tildelt en skjønnsmargin på området, vil et innblikk i den nasjonale lovgivningen bedre belyse hvilket vern som faktisk foreligger overfor privatlivet til pasienter i det psykiske helsevern.

---

<sup>86</sup> Andenæs (2014) s. 62 - 63

<sup>87</sup> Andenæs (2015) s. 1



## 5 Vernet om privatlivet i nasjonale tvangshjemler

Gjennom Grl. § 92 er Norge forpliktet til å ”respekt og sikre menneskerettighetene”. Da EMK, sammen med tre andre sentrale menneskerettighetskonvensjoner, ble inkorporert i norsk lov i 1999 fikk rettighetene etter konvensjonen enda sterkere vern i Norge. At Norge er forpliktet til å respektere menneskerettighetene innebærer bl.a. at dersom det oppstår motstrid mellom norsk lov og menneskerettighetene, er det menneskerettighetene som skal anvendes.<sup>88</sup> I praksis betyr dette at dersom f.eks. EMK gir et større vern av pasientenes privatliv enn det ligger til rette for i den psykisk helsevernloven, er det vernet etter konvensjonen som myndighetene må forholde seg til. For å hindre at det oppstår en slik motstrid, er presumsjonsprinsippet sentralt ved tolkning av den norske lovgivningen. Dette innebærer at den norske lovgivningen alltid skal tolkes i samsvar med EMK. På bakgrunn av dette kan man slå fast at det ikke foreligger hjemler i den norske lovgivningen som direkte bryter med EMK. At det ikke foreligger brudd i lovgivningen, innebærer likevel ikke at slike brudd ikke eksisterer i praksisen i det psykiske helsevern. Egne tolkninger og forståelse av lovgivningen vil kunne føre til at det foretas inngrep i pasientenes privatliv, som faller utenfor rammene av hva EMK legger grunnlag for. De store variasjonene i antall tvangsbruk på landsbasis, vil kunne tolkes som et tegn på at en slik praksis foreligger. Redegjørelsen av tvangsbestemmelsene nedenfor vil peke på ulike områder ved den nasjonale lovgivningen, som ved anvendelse i praksis vil kunne innebære brudd på EMK.

Ved vedtakelsen av gjeldende lovgivning i det psykiske helsevern i 1999, ble det lagt vekt på at ”bruk av tvang og restriktive tiltak skulle begrenses og kontrolleres gjennom lovfesting.”<sup>89</sup> Den tidligere lov om psykisk helsevern fra 1961 hadde ingen direkte hjemler som ga tilgang til f.eks. skjerming, tvangsbehandling o.l..<sup>90</sup> Ved å hjemle de ulike tvangstiltakene, fikk myndighetene bedre kontroll over gjennomføringen av tvang på de psykiatriske institusjonene. Dette styrket pasientenes rettssikkerhetsvern. Felles for tvangshjemlene er ”minste inngreps prinsipp” i phvl. § 4-2, som fastslår visse minstekrav til gjennomføring av tvangstiltakene.<sup>91</sup> Et krav til nødvendighet, av ulik grad, går også igjen i flere tvangshjemler. En slik vurdering

---

<sup>88</sup> Mrl. § 3

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 65 (2005-2006) pkt. 10.3.4

<sup>90</sup> Lov om psykisk helsevern (1961)

<sup>91</sup> Jf. pkt. 4.2.2

som loven åpner for her kan sammenlignes med proporsjonalitetsvurderingen i nødvendighetskravet i EMK art. 8.

Redegjørelsen videre vil ta for seg skjerming som tvangstiltak, deretter redegjøres for tilfeller det åpnes for tvangsmedisinering og til slutt tilfeller der tvangsmiddelbruk som belter, reimer o.l. er nødvendig. Det vil redegjøres nærmere for innholdet i de ulike bestemmelsene, praksis rundt området og det vil påpekes nærmere de ulike områder ved tvangsbruken som har reist kritikk. NOU 2011:9 vil være en sentral kilde ved gjennomgangen, ettersom det her er foretatt en grundig utredning av de ulike hjemlene og forslag til endringer i lovgivningen. Innledningsvis vil det først redegjøres kort for de ulike formålene, som kan begrunne inngrep i privatliv til psykiatriske pasienter.

## **5.1 Inngrepets formål**

For at et inngrep skal være rettmessig etter EMK art. 8, stilles det krav til at inngrepet er begrunnet i et av de oppnevnte formålene i bestemmelsen. Problemstillinger rundt hvorvidt det foreligger et formålsgrunnlag, er derimot sjeldent oppe i EMD. Dette er fordi de oppramsede formålene favner vidt, og vil kunne begrunne de fleste inngrep. Likevel vil en redegjørelse av formålene som begrunner tvangsinngrep i det psykiske helsevern være sentralt for den videre fremstillingen. Formål som kan legitimere slik tvangsbruk er ”protection of the rights and freedoms of others” og ”protection of health or morals”.

### **5.1.1 Fellesskapets behov**

Selv om menneskets integritet og selvbestemmelsesrett står svært sterkt i det psykiske helsevern, oppstår det ofte situasjoner hvor hensynet til medpasientenes og helsepersonellets sikkerhet må veie tyngre. Etter EMK art. 8 er det i slike tilfeller tale om tvang begrunnet i beskyttelsen av andres rettigheter og friheter. I situasjoner hvor aggressive pasienter utgjør en fare for de andre rundt seg og det er klart at tvangsbruk er nødvendig, åpner phvl. for ulike tvangstiltak. Graden av nødvendighet som kreves for at tvang kan anvendes, avhenger av inngrepets karakter og hvor stor grad av rettssikkerhet tiltaket tilsier. For hvert inngrep må det foretas en proporsjonalitetsvurdering, tilsvarende den som foreligger etter EMK art. 8.<sup>92</sup> Hvorvidt tvangs skal være tillatt for beskyttelse av andres sikkerhet og frihet, er det sjeldent

---

<sup>92</sup> Pkt. 4.2

tvil om. Medpasienter og helsepersonellets sikkerhet skal ikke gå på bekostning av en persons integritet og selvbestemmelse. Slik redegjørelsen nedenfor viser retter kritikken seg mer mot innholdet i tvangstiltak av slik karakter, og hvorvidt pasientenes rettsikkerhet i tilstrekkelig grad er ivarettatt.

### 5.1.2 Tvang i behandlingsøyemed

Selv om pasientenes selvbestemmelsesrett har fått økt fokus i helseretten, ser en fortsatt tendens til det paternalistiske prinsipp ved hjemmel for tvangsbruk. EMK art. 8 åpner for inngrep i privatlivet bl.a. der det er begrunnet i beskyttelse av helse. Norsk lovgivning utdyper dette litt nærmere og åpner for bruk av tvang der det er begrunnet i forbedrings- eller helbredelsespotensialet og forverringspotensiale i pasientens helse. Dette omtales som individuell paternalisme. I situasjoner der pasienten mangler beslutningsevne og motsetter seg et inngrep, velger helsepersonellet å foreta inngrepet likevel av hensyn til vedkommendes helse.<sup>93</sup> Proportjonalitetsvurderingen vil i slike tilfeller være en avveining mellom hvordan inngrepet vil oppleves av pasienten mot pasientens helseutsikt dersom inngrep ikke foretas.

#### 5.1.2.1 *Det menneskerettslige grunnlaget*

Etter ØSK art. 12 skal myndighetene sikre høyest oppnåelig helsestandard både fysisk og psykisk. Ved ressurssterke land som Norge stilles strengere krav til denne forpliktelsen sammenlignet med ressursvake land.<sup>94</sup> Forpliktelsen etter konvensjonen legger til rette for å gripe inn i pasientens privatliv, i tilfeller der det vil være det beste for pasientens helseutsikter. Retten til privatliv etter EMK art. 8 og retten til høyst oppnåelig helsestandard etter ØSK art. 12, vil i visse situasjoner i det psykiske helsevern være motstridende. Myndighetenes plikt til å sikre borgernes helsestandard, vil stå i motstrid til myndighetenes plikt til å avstå fra inngrep i pasientenes privatliv. Slik det er redegjort for i kapittelet om statenes skjønnsmargin vil det ved motstrid mellom to private interesser, begge konvensjonsvernede rettigheter, overlates en vid skjønnsmargin i spørsmålet om hvem av rettighetene som skal veie tyngst.<sup>95</sup> Dette innebærer at det er overlatt til de nasjonale myndighetene og legge føringer for slik tvangsbruk. Den norske lovgivningen åpner for tvangsbruk begrunnet i pasientens helseutsikter ved flere

---

<sup>93</sup> Kjønstad (2012) s. 483

<sup>94</sup> Economic and Social Council (2000), bl.a. avsn. 9

<sup>95</sup> Jf. pkt. 4.3.1.2

av tvangstiltakene hjemlet i phvl. kapittel 4. Slik redegjørelsen videre viser, er det ofte slike tvangstiltak som vekker kritikk i det psykiske helsevern.

## **5.2 De ulike tvangshjemlene**

### **5.2.1 Skjerming**

Hjemmelen for skjerming finnes i phvl. § 4-3 og åpner for at pasienten kan avskjermes fra medpasienter og helsepersonell i tilfeller hvor ”pasientens psykiske tilstand eller utagerende adferd under oppholdet gjør skjerming nødvendig”. Det er den faglig ansvarlige ved institusjonen som avgjør hvorvidt skjerming skal iverksettes eller ikke. Skjerming kan iverksettes både av behandlingsmessige grunner, og av hensyn til medpasientene og helsepersonellens sikkerhet. Behandlingsmessige grunner vil foreligge der det er nødvendig og begrense pasientens sanseinntrykk, og tilfeller der pasienten viser tiltagende uro eller angst. Det stilles krav til at skjermingen vil kunne ”motvirke forverring av pasientens tilstand”.<sup>96</sup> Ved svært forstyrrende, plagsom eller uheldig oppførsel, vil skjerming kunne gjennomføres av hensyn til andre medpasienter.

#### **5.2.1.1 Krav til nødvendighet**

At det i loven stilles krav til at skjermingen må være nødvendig, hindrer vilkårlig bruk av skjerming. Likevel legger lovhjemmelens ordlyd føringer for at det stilles mindre krav til inngrepets nødvendighet ved skjermingstiltak, enn ved andre tvangshjemler, jf. ordbruken ”nødvendig” sammenlignet med f.eks. ”uomgjengelig nødvendig” i phvl. § 4-8. Dette innebærer, etter minste inngreps prinsippet i phvl. § 4-2, at skjerming ofte vil være det tvangsmiddel som først anvendes i situasjoner der det er behov for å få kontroll over pasienten. Dette reflekteres også i statistikken på området, hvor en klart ser at skjerming er et av tvangstiltakene hyppigst anvendt i flere av landets psykiatriske institusjoner.<sup>97</sup>

På lik linje som etter EMK art. 8 må det ved avgjørelsen om skjerming er nødvendig foretas en proporsjonalitetsvurdering, hvor man vurderer behovet for skjermingen opp mot pasientens opplevelse av tiltaket. Blant teoretikerne er det kommet til uttrykk kritikk mot bruk av skjerming av behandlingsmessige grunner. Det stilles spørsmålstegn rundt hvorvidt det å begrense

---

<sup>96</sup> Psykisk helsevernforskrift (2011) §16 første ledd

<sup>97</sup> Helsedirektoratet (2014), vedlegg 3, side 50

pasientens sanseinstrykk har tilstrekkelig effekt på pasientens helse, veid opp mot opplevelsen av skjermingen. Pasienterfaringer gir uttrykk for at skjerming førte til økt angst, tankekaos, klaustrofobi og selvmordstanker.<sup>98</sup> Dette er langt ifra en slik effekt skjermingen er tiltenkt, der tiltaket er begrunnet i pasientens helseutsikter. Mangelen på forskning på området gjør at det ikke finnes noen dokumenterbar positiv effekt på pasientens helse ved skjermings tiltak, om en slik effekt i det hele tatt eksisterer. Dette er grunnen til at mange stiller seg kritiske til denne form for tvangsbruk. På den andre siden er det derimot pasienter som deler positive erfaringer og uttaler at skjermingen hadde en god effekt på deres psykose. Selv om det ikke finnes forskning som tilsier dette, skal det ikke utelukkes at det oppstår situasjoner der en pasients helse vil påvirkes til det bedre ved gjennomføringen av skjerming.

Mye tyder på at det er omstendighetene rundt skjermingstiltaket som avgjør hvorvidt pasientens opplevelse er positiv eller negativ. Psykisk helsevernforskriftens § 18 legger grunnlag for gjennomføringen. Forskriften stiller krav til at døren til skjermingsrommet ikke skal være låst eller på annen måte stengt, og helsepersonell skal være til stede dersom det anses nødvendig. Likevel vil det være andre momenter som påvirker opplevelsen, som bl.a. institusjonens fasiliteter for skjerming, helsepersonellens oppførsel rundt tiltaket og egne husregler i institusjonen. Omsorgsaspektet vil være avgjørende for pasientens opplevelse av skjermingen. Statistikken viser at det også er store variasjoner blant landets institusjoner i antall skjermingsvedtak.<sup>99</sup> Tallene vil selvfølgelig avhenge av antall pasienter, institusjonens størrelse ol., men også institusjonenes egen praksis har betydning for antall skjermingsvedtak som nedtegnes. Dette kan være en indikasjon på at institusjonene med høyere andel skjermingsvedtak, anvender skjerming ut over det som anses nødvendig. Med mangel på grundige forskning på området, vil dette derimot kun være spekulasjoner.

### *5.2.1.2 Langtidsskjerming*

I tillegg til at det er reist kritikk mot skjerming brukt i behandlingsøyemed, er det også rettet kritikk til bruk av langtidsskjerming. NGO-forum for menneskerettigheter ga uttrykk for dette i sin rapport til Europarådets torturkomité, ved deres siste besøk i 2011.<sup>100</sup> Her fremla de en statistikk for 2009 hvor medianen på varighet av de 2689 skjermingsvedtakene var 139,5 t. De

---

<sup>98</sup> Norvoll (2015), s. 38

<sup>99</sup> Helsedirektoratet (2014), vedlegg 3, side 50

<sup>100</sup> Norsk NGO-forum for menneskerettighet (2012), s. 33

hevdet rettssikkerheten ikke tilstrekkelig ble ivaretatt ved slike omstendigheter. Forumet la vekt på viktigheten av å forbedre kvaliteten på statistikken, som hjelpemiddel til å redusere bruken av tvang generelt. Fra og med 2012 besluttet de nasjonale helseforetakene at psykiatriske institusjoner er pålagt å rapportere inn skjermingsvedtakenes varighet til Norsk pasientregister (NPR).<sup>101</sup> Dette var et viktig steg arbeidet med å sikre pålitelig informasjon av omfanget av tvangsbruken, både av hensyn til rettssikkerheten og som vil bidra helsemyndighetene med å sikre god kvalitet i behandlingen.

### **5.2.1.3 Skjermingsvedtak**

I 2013 ble det nedtegnet 4650 vedtak om skjerming på landsbasis, dette med en økning på 953 vedtak fra året før.<sup>102</sup> Statistikken på området vil likevel ikke gi klart bilde av hvor ofte pasienter faktisk skjermes. I phvl. § 4-3 stilles det kun krav til et vedtak for skjermingstiltaket, dersom skjermingen vedvarer ut over 24 timer, og ved skjerming av en viss inngripende karakter skal et vedtak nedtegnes etter 12 timer. Dette innebærer at alle skjermingstiltak under 24/12 timer ikke omfattes av statistikken. Dette vil også i praksis innebære at der skjerming gjennomføres uten vedtak, vil det ikke foreligge klageadgang til kontrollkomisjonen.<sup>103</sup> Pasientens rettssikkerhet er dermed svekket i slike tilfeller. Bakgrunnen for begrensningen i kravet til vedtak er begrunnet i at ikke alle tilfeller av skjerming er av en så inngripende karakter at det er behov for de grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.<sup>104</sup> En grense på 24 timer vil derimot ikke utelukke inngrep med et slikt behov. Hvorvidt en pasients integritet er krenket, avhenger av langt flere faktorer enn skjermingens varighet. Et skjermingstiltak med en varighet på 5 timer kan for enkelte pasienter være like krenkende, om ikke mer, som et skjermingsvedtak på 100 timer oppleves for andre.

Ved besøk av Europarådets torturkomite i 2005, sa komiteen seg skeptiske til at den daværende lovhjemmelen som tilsa at kun skjermingsvedtak over 48 timer krevde vedtak.<sup>105</sup> På bakgrunn av dette ble det ved lovendring i 2006 nedsatt et vedtakskrav ved skjerming med varighet på over 24 timer. Kravet til nytt vedtak for skjermingen, ble nedsatt fra 3 til 2 uker. Komite-

---

<sup>101</sup> Helse- og omsorgsdepartementet (2012-2015), pkt. 6.2

<sup>102</sup> Helsedirektoratet (2014), vedlegg 3, side 50

<sup>103</sup> Phvl. § 4-3 tredje ledd

<sup>104</sup> Syse (2004), s. 76 note (1)

<sup>105</sup> Europarådets torturkomité (2006), avsn. 108

teens anbefaling var likevel at "all measures of "shielding", whatever their duration, be recorded in writing". Tilsvarende anbefaling ble det gitt uttrykk for i NOU 2011:9.<sup>106</sup> Ved å stille krav til vedtak for alle tilfeller av skjerming vil man få bedre oversikt over bruken. Dette vil gjøre det enklere å gi føringer for hvordan skjermingstiltak skal gjennomføres, og eventuelle tilfeller av vilkårlig skjerming vil bli enklere å oppdage. Et slikt krav vil også tvinge helsepersonellet til å legge ned mer arbeid i vurderingen av hvorvidt skjerming skal iverksettes, som kan redusere bruken av vilkårlig skjerming. En utfordring er likevel den ekstra arbeidsmengden dette vil påføre de faglige ansvarlige ved institusjonene, og det allerede eksisterende presset på ressursutnyttelsen ved de psykiatriske institusjoner gjør ikke situasjonen enklere.<sup>107</sup>

### 5.2.2 Behandling uten eget samtykke

Phvl. § 4-4 åpner for at pasienter uten samtykke kan undergis undersøkelser og behandling i samsvar med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis. I lovens forarbeider ble det slått fast at man her sikter til behandling som "ikke ville krenke straffelovens integritetsvern og som ikke ville innebære noe nevneverdig inngrep overfor vedkommende", med eksempler som mild tilrettelegging, kortvarig bortvisning o.l..<sup>108</sup> Med dette setter loven en grense mot behandling av alvorlig karakter uten pasientens samtykke. Dette er derimot ikke et absolutt forbud, og loven åpner i visse tilfeller for behandling med legemidler og at det kan gis ernæring uten pasientens samtykke. Slik tvang er begrenset til der inngrepet er nødvendig av behandlingsmessige grunner, og åpner ikke for inngrep begrunnet i fellesskapets sikkerhet. En videre begrensning er at tvangsbehandling kun er tillatt på pasienter som er innlagt på tvang etter phvl. § 3-3. Dette innebærer at pasienter som frivillig oppholder seg på institusjonen, er beskyttet mot slik tvangsbruk. Fremstillingen skal kun prøve å kaste et lys over tvangsbrukens problemstillinger, og avgrenses av den grunn til behandling med legemidler.

#### 5.2.2.1 Behandling med legemidler

Phvl. § 4-4 andre ledd bokstav a gir adgang til at pasienten kan behandles, uten samtykke, med vanlig dose av legemidler som er registrert i landet. Det stilles likevel en begrensning til legemidler som har en "gunstig virkning som klart oppveier ulempene ved eventuelle bivirk-

---

<sup>106</sup> NOU 2011:9, pkt. 3.3

<sup>107</sup> Helse- og omsorgsdepartementet (2012-2015)

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), pkt. 8.4.5.2

ninger”. Her åpnes det for en proporsjonalitetsvurdering, hvor behandlingens helsemessige fordeler må være proporsjonal med tvangsbehandlingens bivirkninger og hvordan den oppleves for pasienten. Ordbruken ”klart oppveier” legger føring for at det stilles strenge krav til behandlingens effekt. Selv om tvangsmedisinering er ansett som et svært inngripende tiltak overfor pasienten, ble det ved lovfestingen lagt avgjørende vekt på den positive gunstige effekten psykofarmaka har hatt på et betydelig andel pasienter.<sup>109</sup> For å veie opp mot behandlingens inngripende karakter ble det stilt strenge krav til ”kvaliteten av det medisinske skjønn”. Det må med stor sannsynlighet kunne regnes med at behandlingen har helbredende virkning, at det forekommer vesentlig bedring av pasientens helse, eller at pasienten unngår vesentlig forverring av sykdommen. Videre stiller lovens forskrift krav til en undersøkelsestid på minimum 3 døgn før det fattes vedtak om tvangsmedisinering, og at det må være forsøkt å oppnå samtykke til medisineringsen.<sup>110</sup> Vernet om den personlige integritet etter phvl. § 4-2 er svært sentralt i forhold til behandling med legemidler. Som nevnt tidligere angir bestemmelsen at det så langt det er mulig skal tas hensyn til pasientens syn på tvangstiltakene, og i foreliggende tilfeller spesielt pasientens preferanser og tidligere erfaringer. I lovens forarbeider er det i forbindelse med tvangsmedisinering gitt uttrykk for at pasientens preferanser kun kan fravikes dersom det ikke anses som faglig forsvarlig.<sup>111</sup> Dette bidrar til å ivareta pasientens selvbestemmelsesrett og verner om pasientens integritet, selv ved slike inngripende tiltak som vi her står overfor.

#### 5.2.2.1.1 *Kritikk*

Til tross for de strenge kravene til kvaliteten av det medisinske skjønn, er kritikken i forbindelse med behandling uten eget samtykke ofte rettet mot tvangsmedisinering.<sup>112</sup> Usikkerhet rundt langtidseffekten av bl.a. antipsykotika gjør at man ikke med sikkerhet kan si at tiltaket er til det bedre for pasienten. Spørsmålet er da hvorvidt effekten av medisineringsen, er proporsjonalt med pasientens opplevelse av tiltaket og de eventuelle bivirkninger. Med andre ord; hvorvidt nødvendighetskravet etter EMK art. 8 er oppfylt.

---

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), pkt. 8.4.5.3

<sup>110</sup> Psykisk helsevernforskrift (2011), § 20

<sup>111</sup> Ot. prp. nr. 11 (1998-1999) pkt. 8.2.3

<sup>112</sup> NOU 2011:9, pkt. 15.2.3



I NOU 2011:9 fremmet utvalget en rekke forslag til endringer for å øke pasientens rettssikkerhet ved tvangsmedisinering.<sup>113</sup> Det ble bl.a. lagt ned forslag om å begrense tvangsmedisinering til tilfeller hvor pasienten mangler beslutningskompetanse. At loven åpner for behandling ”uten samtykke” sikter til tilfeller der pasienten mangler beslutningskompetanse eller motsetter seg tiltaket. Forslaget vil innebære at tvangsmedisinering ikke kan gjennomføres på pasienter som er beslutningsdyktige, men motsetter seg behandlingen. I slike tilfeller vil det paternalistiske prinsipp vurderes opp mot pasientens selvbestemmelsesrett, hvor sistnevnte vil veie tyngst. Videre ble det nedlagt forslag om å øke minimumsvarigheten på undersøkelsen fra 3 til 6 døgn, for å sikre tilstrekkelig grunnlag for medisineringsen. Det ble også foreslått strengere krav til dokumentasjonen rundt vedtaket. Utvalget stilte seg kritiske til hvorvidt begrunnelsene bak tvangsmedisineringen tilfredsstillende kravene etter forvaltningslovens regler<sup>114</sup>, men anførte den ekstra arbeidsmengden dette vil kreve som en utfordrende faktor. Likevel vil et skjerpet krav til begrunnelsen motivere til mindre inngripende eller frivillige tiltak, noe utvalget la avgjørende vekt på i sitt forslag. Medisinering vil ofte være en avgjørende faktor for pasientens helseutsikter, og er et viktig ledd i behandlingen på institusjonene. Det forelå ikke noen tvil blant utvalget at det burde være en adgang til tvangsmedisinering, basert på den positive effekten som er dokumentert etter slik behandling. Utvalgets forslag rettet seg mer mot rettssikkerhetshensynet, og å sikre at det foreligger et klart grunnlag for tvangsinngrep.

### 5.2.3 Tvangsmidler

Der det oppstår situasjoner med et akutt behov for å få kontroll på en pasient, åpner phvl. § 4-8 for bruk av tvangsmidler i tilfeller der tvangsbruken er ”uomgjengelig nødvendig”. Vilkåret henviser til situasjoner av nødrettslignende karakter.<sup>115</sup> Sammenlignet med de øvrige tvangstiltakene krever loven høyere grad av nødvendighet ved tvangsmiddelbruk, på bakgrunn av inngrepets svært krenkende karakter. Nødvendigheten må være begrunnet i å hindre pasienten å skade seg selv eller andre, eller for å avverge betydelig materielle skader. Det er ikke adgang for tvangsmiddelbruk av behandlingsmessige grunner. Loven åpner for bruk av mekaniske tvangsmidler, slik som belter/remmer eller skadeforebyggende klær, isolasjon, korttidsvirkende legemidler i beroligende eller bedøvende hensikt, og kortvarig fastholding. Slik det

---

<sup>113</sup> Ibid. pkt. 15.2.3

<sup>114</sup> Forvaltningsloven (1967) § 25

<sup>115</sup> Syse (2004), s. 88

tolkes ut fra lovteksten er tvangsmidler den groveste formen for tvang som er tillatt i det psykiske helsevern, og vil ofte være helsepersonellens siste utvei for å få kontroll på en situasjon.

Både lovteksten og lovens forskrift legger føringer for gjennomføringen av tvangsbruken, og stiller bl.a. krav til kontinuerlig tilsyn av personalet. Tvangsmiddelbruken skal gjennomføres på en så skånsom og omsorgsfull måte som mulig, og tidsrommet skal begrenses til det absolutt nødvendige.<sup>116</sup> Pasientens behov for rettssikkerhetsgarantier ved slike tiltak reflekteres i kravet til at vedtaket skal nedtegnes uten opphold, og kan påklages til kontrollkommisjonen.<sup>117</sup>

### *5.2.3.1 Kritikk*

I det psykiske helsevern oppstår det ofte alvorlige situasjoner med svært utagerende pasienter, hvor det kreves akutte tiltak. Det vil derfor være uforsvarlig dersom helsepersonell ikke skulle hatt adgang til å anvende tvangsmidler for å få kontroll på situasjonen. Utfordringene knyttet bruken av tvangsmidler retter seg ofte mot gjennomføringen, og hvorvidt situasjonen i sin helhet innebærer et urettmessig inngrep i pasientens privatliv.

#### *5.2.3.1.1 Tvangsmiddelbrukens varighet*

For det første er tvangsmiddelbrukens varighet ofte et omdiskutert tema, spesielt i forhold til bruk av mekaniske tvangsmidler som f.eks. beltelegging. Psykisk helsevernforskriften legger føringer for at tvangsbruken skal gjøres ”så kortvarig som mulig”, jf. § 26. Hva som ligger i denne ordbruken er derimot vanskelig å fastslå, og åpner for egne tolkninger blant institusjonene. Innledningsvis i oppgaven ble det fortalt om et tilfelle hvor en pasient var beltelagt sammenlagt i 28 døgn, og med stor sannsynlighet er ikke tvangsbruk av slik varighet et enkelttilfelle. Det viktig å merke seg at tvangsmiddelbruken er forbeholdt situasjoner av nødrettslignende karakter. I løpet av en 28 dagers periode vil det sjeldent kontinuerlig eksistere forhold som tilsier en slik alvorlig bruk av tvang. I løpet av denne perioden vil det mest sannsynlig kunne iverksettes mindre inngripende tiltak, som i tilstrekkelig grad vil berolige pasienten. Derimot vil man aldri kunne si med sikkerhet at pasienten er tilstrekkelig rolig til at man kan avslutte tvangsbruken, og opp til den faglige ansvarlige ved institusjonen å fatte en beslutning. Dessverre kan det ha den konsekvens at det vil oppstå situasjoner hvor tvangsbruk

---

<sup>116</sup> Psykisk helsevernforskrift (2011) § 26

<sup>117</sup> Pvh. § 4-8 femte ledd

av en slik alvorlig karakter, anvendes uten tilstrekkelig grunnlag. Derfor er pasientens retts-sikkerhetsgaranti ved slike tilfeller ekstra viktig, noe som kan tilsi at loven burde fastslå strengere rammer for tvangsbrukens varighet.

#### *5.2.3.1.2 Isolasjon*

I NOU 2011:9 er det foreslått at adgangen til isolering etter phvl. § 4-8 andre ledd bokstav b oppheves.<sup>118</sup> Dette på bakgrunn av isoleringens inngripende karakter, og utvalget anser at det ikke lengre foreligger et behov for en isoleringsadgang. Skjerming har i større og større grad overtatt for isolasjon som virkemiddel for å få kontroll over en situasjon. Brukererfaringer forteller om en glidende overgang mellom skjerming og isolasjon som tvangstiltak, bl.a. hvor pasienter plasseres alene på rommet med åpen dør kun 10 minutter hver time. Opphevelse av adgangen til isolasjon vil kunne forhindre at skjermingsvedtak strekkes lengre enn hva loven legger grunnlag for.

#### *5.2.3.1.3 Helsepersonellens kompetanse*

Undersøkelse fra Helsedirektoratet i perioden 2012 og 2013, viser en økning på 2297 vedtak om tvangsmiddelbruk på ett år, med et totalt antall på 7357 vedtak i 2013.<sup>119</sup> Hva som ligger bak den høye økningen vil være vanskelig å finne noe konkret svar på. Det kan være en indikasjon på at tvangsmiddelbrukens begrensning til nødrettslignende situasjoner, gradvis forsvinner bak institusjonenes egen praksis. Dette vil innebære et brudd på pasientenes rett til privatliv etter EMK art. 8, ettersom inngrepet ikke kan forsvares i kravet om nødvendighet. Den traumatiske opplevelsen bruk av tvangsmidler kan innebære for pasienten, tilsier at det iverksettes tiltak som reduserer tvangsbruken til det strengt nødvendige.

Ved å innføre strengere retningslinjer i lovgivningen for når bruk av tvangsmidler er rettmessig, vil man kunne nå langt i å begrense vilkårligheten. Dette vil likevel by på utfordringer, ettersom det vil være vanskelig å fastslå retningslinjer som er anvendbare på alle situasjoner hvor tvangsmiddelbruk er nødvendig. Et viktig og lettere gjennomførbart tiltak vil derimot være å øke kompetansen blant helsepersonellet i forhold til tvangsbruk av slik karakter. Utvalget i NOU 2011:9 stilte seg kritiske til at det ofte er ufaglærte som sitter vakt hos pasiente-

---

<sup>118</sup> NOU 2011:9, pkt. 15.3.1

<sup>119</sup> Helsedirektoratet (2013), vedlegg nr. 3

ne under bruk av tvangsmidler.<sup>120</sup> Alvorlige situasjoner kan oppstå under tvangsbruken, hvor helsepersonellens kompetanse er grunnleggende for å sikre en forsvarlig behandling. Videre la utvalget vekt på viktigheten med debrifing i etterkant av tvangsbruken.<sup>121</sup> Ved å gjennomgå hendelsesforløpet i etterkant vil helsepersonellet i større grad legge merke til om lovens krav til gjennomføringen ble fulgt, og hvor eventuelle mangler oppsto. Samtidig vil det være viktig å inkludere pasienten i samtalen og sikre en åpen dialog i etterkant. På den måten får pasienten delt sin opplevelse av tiltaket, som helsepersonellet kan ta til betraktning dersom det skulle oppstå nye situasjoner hvor tvang anses nødvendig.

### 5.3 Oppsummerende bemerkninger

Det volder liten tvil om at hjemlene som åpner for tvang for pasienter i det psykiske helsevern, er sammensatt på en måte som legger til rette for vern om pasientens integritet og at pasientene sikres grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Spørsmålet er likevel om dagens vern er tilstrekkelig. Som påpekt er det flere områder i det psykiske helsevern som vekker kritikk. Den høye andelen tvangsbruk og de store variasjonene på landsbasis, har lagt et press på den någjeldende lovgivningen og praksisen i institusjonene. I NOU 2011:9 kom utvalget med flere forslag til endringer i lovverket, som vil styrke pasientenes selvbestemmelsesrett og minske bruken av vilkårlig tvang. I den nasjonale strategien for økt frivillighet, legges derimot fokuset på å sikre riktig bruk av tvang. Her siktes det til ”praksis som reflekterer både fagkunnskap og brukerkunnskap, som er likeartet i hele landet og i tråd med lovverk og menneskerettigheter.”<sup>122</sup> Hvorvidt kritikken rundt tvangsbruk i det psykiske helsevern skal rettes mot lovhjemmelen eller praksis på området, er usikkert. Mest sannsynlig er det en kombinasjon av begge.

Henvender man seg til menneskerettighetene foreligger det ikke noe strengere retningslinjer for gjennomføringen der, enn hva den norske lovgivningen på området legger grunnlag for. Derimot overlater EMK en stor grad av skjønn til de nasjonale myndighetene, som kan innebære en innskrenkning i rettigheten til borgerne. EMK er en grunnleggende kilde for å beskytte svake parter mot overgrep fra de nasjonale myndighetene. Burde konvensjonen eller dens

---

<sup>120</sup> NOU 2011:9, pkt. 15.3.2

<sup>121</sup> Ibid. pkt. 15.3.3

<sup>122</sup> Helse- og omsorgsdepartementet (2012-2015), pkt. 2

domstol legge til grunn bedre rettssikkerhetsgarantier for pasienter i det psykiske helsevern?  
Dette skal videre utdypes i diskusjonskapittelet.

## 6 Diskusjon

Gjennomgående i denne oppgaven er det påpekt flere områder som er utsatt for kritikk blant fagfolk. Først og fremst har vi sett at flere stiller seg kritiske til den omtalte skjønnsmarginen, og hvorvidt ikke dette svekker det menneskerettslige vern. Videre er det også en pågående diskusjon rundt tvangsbruken i det psykiske helsevern, om hvorvidt den kan anses forsvarlig. De to problemstillingene kan ses under ett, og spørsmålet er hvorvidt vernet etter EMK art. 8 er tilstrekkelig. Den siste delen av oppgaven vil være et bidrag til pågående diskusjonen rundt tvangsbruken og det menneskerettslige vernet.

### 6.1 De motstridende hensyn

Det er sjeldent begrepet ”tvang” anvendes i en positiv kontekst, noe som skyldes handlingens karakter. Som et friskt samfunnsmedlem er det ikke ofte man kjenner på opplevelsen av tvang, selv om den foreligger i mer eller mindre grad. Blir man plassert i en situasjon hvor noen med tvang beltelegger deg i en seng, eller medisinerer deg mot din vilje er det ytterst få av oss som ikke vil reagere og føle seg krenket. Hensynene som taler mot denne tvangsbruken er mange, men først og fremst står menneskets selvbestemmelsesrett sentralt. I et forsøk på å styrke bl.a. denne gruppen sine rettigheter, ble det i 2006 vedtatt FN konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne. Konvensjonen stadfester bl.a. at helsepersonell skal gi ”mennesker med nedsatt funksjonsevne like god behandling som den som gis til andre, herunder at behandlingen skal skje på grunnlag av fritt og informert samtykke, blant annet ved bevisstgjøring om menneskerettighetene, verdigheten, selvbestemmelsesretten...”.<sup>123</sup> Slik det er redegjort for tidligere står også menneskets integritet sterkt, som et mothensyn til tvangsbehandling. Artikkel 17 i konvensjonen stadfester at ”[e]thvert menneske med nedsatt funksjonsevne har rett til respekt for sin fysiske og psykiske integritet, på lik linje med andre”. Dette skal være grunnlaget for all helsehjelp. Menneskets selvbestemmelsesrett og integritet er svært sentrale verdier i ens liv, og en krenkelse av disse kan medføre store konsekvenser for bl.a. menneskets selvfølelse. Det er også andre viktige punkter som taler mot tvangsbruk, som bør påpekes. For det første kan det å bli utsatt for tvang føre til at tillitten til andre mennesker og ikke minst helseapparatet drastisk svekkes. Dette kan ha den konsekvens at pasienten ved senere tilbakefall ikke oppsøker hjelp, og tvang igjen blir den eneste utvei. Mangelen på forskningsdata som bekrefter en positiv virkning på de ulike tvangstiltakene, er også et

---

<sup>123</sup> FN konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, art. 25 d

problem. For pasienter med psykiske lidelser som f.eks. angst kan tvangsbruk i verste fall forsterke lidelsen. Det er viktig å huske at hovedmålet med psykisk helsevern nettopp er å bedre pasientens helse.

Likevel er det hensyn som taler for tvangsbruk som i visse situasjoner veier tyngre enn mennesket selvbestemmelsesrett og integritet. Først og fremst gjelder dette hensynet til andre menneskers sikkerhet. I slike situasjoner volder det lite tvil om at tvangsbruken er nødvendig og dermed rettmessig. Mer kritisert er tvangsbruken anvend av hensyn til pasientens helseutsikter. Vi ser en klar utvikling i den någjeldende lovgivningen sammenlignet med slik den var før, at man i større grad går bort fra individuell paternalisme. Likevel kan man spørre seg selv om det foreligger en plikt til å hjelpe til, der pasienten ikke er frisk nok til å se at en slik behandling vil ha en positiv effekt på helsen – såkalt omsorgstvang. Det er nettopp denne samfunnsmessige plikten som taler for tvangsbruk begrunnet i pasientens helseutsikter.<sup>124</sup>

Ved nødvendighetsvurderingen som det legges opp til i EMK art. 8, er det i det psykiske helsevern disse hensynene som ofte skaper motstrid og må avveies. Problematiske er det spesielt i tilfellene der individet er sentralt på begge sider av interesseavveiningen, som gjelder tvang begrunnet i pasientens helseutsikter. De ulike omstendighetene rundt hvert enkelt tvangstiltak, gjør det umulig å fastslå generelt hvilket hensyn som bør veie tyngst ved motstrid. Kunnskap rundt menneskerettighetene og de ulike hensynene er derfor en grunnleggende kompetanse for å foreta en slik vurdering. Hovedsakelig er det den faglige ansvarlige ved institusjonen som skal fatte beslutninger vedrørende tvang, men i praksis fattes ofte slike beslutninger av annet helsepersonell, med den faglige ansvarliges godkjenning i etterkant. Dette innebærer at beslutninger om tvang, i første omgang treffes av helsepersonell som ofte mangler slik grunnleggende kompetanse til å foreta en avveining av de relevante hensynene. Et viktig tiltak vil være å øke helsepersonellens generelle kompetanse om den nasjonale lovgivningen og de internasjonale forpliktelsene. Dette vil bidra til å sikre at tvang anvendes i samsvar med vurderingene det legges opp til i lovgivningen. Ett psykisk helsevern hvor all helsehjelp er basert på frivillighet og pasientens samtykke skal vi lete lenge etter. Det er likevel dette vi skal jobbe mot, og spørsmålet videre er hvorvidt lovgivningen i tilstrekkelig grad legger til rette for en slik utvikling.

---

<sup>124</sup> Syse (2006) s. 321

## 6.2 Fra lovgivning til praksis

Slik den norske lovgivningen for tvangsbruk er utformet, åpnes det i stor grad for faglig vurdering av hvorvidt tvang er nødvendig. Dette er begrunnet i at hvert enkelt tilfelle vil være ulikt det neste, og det er få svar som vil gjelde for alle. Ved bruk av slike generelle og skjønnspregede lovregler, vil det derimot alltid være en risiko for misbruk. Det er mye som tyder på at helsepersonellets vurderinger fører til vilkårlig anvendelse av tvang, der egne holdninger og verdier blir utslagsgivende for nødvendighetsvurderingen. Tilfeller der den nasjonale lovgivningen svekker rettssikkerheten ved å åpne for vilkårlige inngrep, har EMD dømt som brudd på kravet til ”hjemmel i nasjonal lov” i EMK art. 8. Dette var tilfellet i X mot Finland hvor bl.a. mangler i pasientens klagemuligheter etter tvangsmedisinering, førte til brudd på konvensjonen.<sup>125</sup> Den norske lovgivningen åpner ikke for vilkårlig tvangsbruk i så stor grad at den bryter med konvensjonens krav. Dommen er likevel en indikasjon på at lovgivningen i størst mulig grad skal begrense muligheten for vilkårlig tvangsbruk. Det viktig å arbeide med forutsetningene man har, og hele tiden jobbe mot minst mulig integritetskrenkelse og minst mulig anvendelse av vilkårlig tvang. Til tross for den økte arbeidsmengden dette vil medføre for helsepersonellet, stiller jeg meg bak de nevnte tiltakene utvalget i NOU 2011:9 anfører. Dette gjelder både tiltakene rettet mot lovgivningen, men også tiltak rettet mot å øke helsepersonellens kompetanse, samt bedre oppfølgingen av pasientene i etterkant.

Spørsmålet er tilslutt hvorvidt EMK burde oppstille strengere rammer for inngrep i retten til privatliv, eller om dette er utenfor deres jurisdiksjon.

### 6.2.1 EMKs forhold til de nasjonale myndigheter

Oppsummeres punktene i oppgaven som retter seg mot EMKs forhold til de nasjonale myndighetene, ser man klare tendenser i utviklingen til at EMK i større grad overlater ansvaret for sikringen av menneskerettighetene til de nasjonale myndighetene. Dette medfører at EMD er mer tilbakeholdene med å foreta vurderinger av myndighetenes skjønn, og av den grunn gir mindre retningslinjer for anvendelsen av konvensjonen. Utviklingen skyldes bl.a. at siden konvensjonen trådte i kraft i 1950, har områder som krever konvensjonens vern ekspandert. Dette medfører igjen en stor pågang for EMD, utover hva domstolen har kapasitet til. En kon-

---

<sup>125</sup> X v. Finland (2012) avsn. 217 og 220



sekvens av dette er bl.a. at prosedyren for å avvise saker for EMD, er blitt forenklet til en dommer istedenfor tre, som tidligere.<sup>126</sup> I tillegg til praktiske årsaker, er det andre momenter som begrunner utviklingen. Prinsippet om en dynamisk tolkningsstil i EMK, legger begrensninger for muligheten for å fastslå strengere retningslinjer for tvangsbruken. For at prinsippet skal kunne følges, må konvensjonen inneholde ord og begreper som vil være anvendelige i tråd med utviklingen i samfunnet. Da det vil være vanskelig å fastslå hva som anses som legitim tvangsbruk i fremtiden, vil slike konkrete retningslinjer være vanskelig å føre opp.

Under arbeidet med oppgaven, stilte jeg meg lenge kritisk til den vide skjønnsmarginen som EMD har gitt de nasjonale myndighetene i det psykiske helsevern. Ettersom vi her ofte står overfor svært krenkende handlinger utøvd mot en minoritetsgruppe, ville det være naturlig om EMK anførte klare retningslinjer for når inngrep overfor denne gruppen er rettmessig. Et spørsmål jeg ofte har stilt er hvorvidt subsidiaritetsprinsippet går på bekostning av pasientenes integritet og rettssikkerhet. Likevel er det vanskelig å skulle forestille seg vernet på en annen måte. Som det er påpekt i oppgaven, vil enhver avgjørelse av hvorvidt et inngrep er nødvendig avgjøres etter en helhetsvurdering hvor sakens omstendigheter vil spille inn. Subsidiaritetsprinsippet står her sterkt, og det vil være vanskelig for EMD å danne seg et bilde av sakens omstendigheter. Skulle EMD foretatt vurderingen, ville dette kunne gå på bekostning av pasientenes vern. Ulike forhold preger situasjonen i de ulike landene, og dersom den internasjonale domstolen skulle foretatt vurderingen vil man kunne risikere at viktige nasjonale prinsipper og verdier blir fraveket. En slik prosess vil også kunne føre til at vernet etter EMK blir mindre effektivt.<sup>127</sup> Prosessen for å få en sak avgjort i de nasjonale domstolene, er mye mindre ressurs- og tidskrevende enn prosessen vil være dersom saken skal avgjøres av EMD. Med andre ord vil en slik inngående prøving i større grad sikre et effektivt vern av konvensjonens rettigheter.

Det er viktig å huske EMD sin rolle i forhold til de nasjonale myndighetene, da den kun skal opptre som en kontrollinstans og ikke overta de nasjonale domstolers myndighet. Avgjørelsen som blir foretatt av Norges øverste domstol er i utgangspunktet den endelige avgjørelsen. En annen praksis vil bidra til å svekke domstolens troverdighet. EMD har nylig beskrevet forholdet til de nasjonale domstoler slik: "[I]t is not the Court's task to take the place of the national

---

<sup>126</sup> Jf. EMK art. 27

<sup>127</sup> Sørensen (2004) pkt. 2.3.2

authorities but it must review, in the light of the case as a whole, those authorities' decisions taken pursuant to their margin of appreciation.”<sup>128</sup> Det er med andre ord de nasjonale myndighetene som har hovedansvaret for å håndheve menneskerettighetene.<sup>129</sup> EMD sin oppgave er å komme inn der de nasjonale myndighetene svikter, slik som i den omtalte saken X mot Finland. På denne måten legger domstolen rammer for hvilke krav som må stilles etter EMK art. 8, og innenfor denne rammen er det de nasjonale myndighetene som har ansvaret. At det på området psykisk helsevern tales om en *vid* skjønnsmargin, er med andre ord ikke like omfattende som ordlyden skulle tilsi.

---

<sup>128</sup> Animal Defenders International v. The United Kingdom (2013), avsn. 105

<sup>129</sup> Andenæs (2015) pkt. 1

## 7 Avslutning

Redegjørelsen overfor har omhandlet psykiatriske pasienters rett til privatliv etter EMK art. 8, og i hvilken grad konvensjonen legger begrensninger på helsepersonellets anvendelse av tvang. I praksis vil ofte det avgjørende spørsmålet være hvorvidt inngrepet anses som ”necessary in a democratic society”. Dette gjenspeiles i disposisjonen, hvor hoveddelen av oppgaven i størst grad har omhandlet hva som ligger i nødvendighetskravet. Spørsmålet om i hvilken utstrekning EMK art. 8 verner over pasientenes integritet kan oppsummeres slik: Konvensjonen åpner for inngrep der det har grunnlag i lov, begrunnet i et legitimt formål og må anses nødvendig. Rammene for hva som ligger i nødvendighetskravet er fastlagt av EMD, og det er gitt visse føringer for vurderingen av om det foreligger grunnlag for anvendelse av tvang. Innenfor disse rammene har de nasjonale myndighetene fritt skjønn. I forhold til oppgavens videre problemstilling og hvorvidt vernet etter EMK er å anse som tilstrekkelig, vil det ikke være mulig å komme med en klar konklusjon. Svaret vil være individuelt. På bakgrunn av punktene i diskusjonskapittelet er min personlige mening at vernet er tilstrekkelig, sett i forhold til den funksjon EMK og dens domstol er tiltenkt.

Av redegjørelsen er det klart at den nasjonale lovgivningens begrensninger for inngrep i privatlivet i stor grad er tilsvarende begrensningene som foreligger etter EMK. Likevel er ikke konvensjonen uten betydning for omfanget av vernet om privatliv. Ved at enkeltpersoner har klageadgang til EMD gir konvensjonen en sikkerhetsventil for tilfeller der vedkommende mener at urettmessig inngrep foreligger, men ikke har fått gjennomslag i de nasjonale domstolene.

Gjennomgående i oppgaven har begrepet ”rettssikkerhet” fått en sentral plass i pasientenes vern, uten at det har blitt redegjort noe nærmere for hva som ligger bak begrepet. Sosial- og helsedirektoratet har definert begrepet som ”størst mulig grad av sikkerhet for at riktige avgjørelser blir truffet av forvaltningen på riktig måte og til riktig tidspunkt, samt at retten til å få avgjørelsene overprøvet av et annet organ reelt foreligger. Det er norsk lovgivning og regelverk samt internasjonale forpliktelser som setter rammene for dette.”<sup>130</sup> En slik rettssikkerhetsgaranti bør være grunnlaget for all psykisk helsehjelp. Den høye andelen tvangsbruk og den pågående debatten rundt dette er en indikasjon på at slik situasjonen er i dag ikke er til-

---

<sup>130</sup> Sosial- og helsedirektoratet (juni 2006), pkt. 4.3.4

fredsstillende. Til tross for dette tror jeg vi står overfor en utvikling i favør av pasientenes integritet og selvbestemmelsesrett. Det økte fokuset blant myndighetene på å redusere tvangsbruken i Norge, er et tegn på at de anerkjenner at det foreligger et problem og at tiltak må iverksettes. Med et minstekrav til den rettssikkerhetsgaranti som EMK art. 8 og andre internasjonale forpliktelser oppstiller, bør det arbeides internt med den nasjonale lovgivningen. Målet bør være et system som i størst mulig grad legger til rette for frivillighet og samarbeid fra pasienten, og der tvang må anvendes skal dette være under forsvarlige og trygge omstendigheter. Oppnår man dette har man kommet langt i å ivareta pasientenes integritet.

## 8 Litteraturliste

### 8.1 Lovgivning

#### 8.1.1 Nasjonal lovgivning og forskrift

- 1814 Lov 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.)
- 1902 Lov 22. Mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov (straffeloven - strl.)
- 1961 Lov 28. April 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (opphevet)
- 1967 Lov 10. Februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.)
- 1980 Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (legeloven) (opphevet)
- 1999 Lov 05. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven – mrl.)
- 1999 Lov 2. Juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven – phvl.)
- 1999 Lov 2. Juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven – pasrl.)

#### 8.1.2 Traktater

- 1948 FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter, 10. Desember 1948
- 1950 Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), Roma 4. November 1950
- 1976 Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK), 3. Januar 1976
- 1976 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP), 23. Mars 1976
- 2004 Europarådets rekommandasjon om beskyttelse av menneskerettigheter og verdighet til personer med psykisk sykdom av 22. september 2004.
- 2006 FN konvensjonen om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne, 13. Desember 2006.
- 2011 Forskrift 16. Desember 2011 nr. 1258 om etabler og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (psykisk helsevernforskriften)
- 2013 Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 24. Juni 2013

## 8.2 Forarbeider og rundskriv

NOU 1992:25	<i>Utredning om lobotomi</i>
NOU 2009:1	<i>Individ og integritet</i>
NOU 2011:9	<i>Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet</i>

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999)	<i>Om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven)</i>
Ot.prp. nr. 12 (1998-1999)	<i>Lov om pasientrettigheter (Pasientrettighetsloven)</i>
Ot. prp. nr. 65 (2005-2005)	<i>Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.v.</i>

## 8.3 Rettsavgjørelser

Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)

### 8.3.1 The European Court of Human Rights, Strasbourg (EMD)

Airey v. Irland	9. Oktober 1979, EMD nr. 6289/73
Animal Defenders International v. UK	22. April 2013, EMD nr. 48876/08
Autronic AG v. Switzerland	22. Mai 1990, EMD nr. 12726/87
Beard v. The United Kindom	18. Januar 2001, EMD nr. 24882/94
Bensaid v. The United Kingdom	06. Februar 2001, EMD nr. 44599/98
Chassagnou and others v. France	April 1999, EMD nr. 25088/94; 28331/95; 28443/95
Connors v. The United Kingdom	27. Mai 2004, EMD nr. 66746/01
Cossey v. The United Kingdom	27. September 1990, EMD nr. 10843/84
Dudgeon v. The United Kingdom	22. Oktober 1981, EMD nr. 7525/76

Handyside v. The United Kingdom	07. Desember 1976, EMD nr. 5493/72
Herczegfalvy v. Austria	24. September 1992, EMD nr. 10533/83
Silver and others v. The United Kingdom	25. Mars 1983, EMD nr. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75
Storck v. Germany	16. Juni 2005, EMD nr. 61603/00
Sunday Times v. The United Kingdom	26. April 1979, EMD nr.: 6538/74
Pretty v. The United Kingdom	29. April 2002, EMD nr.: 2346/02
X v. Finland	03. Juli 2012, EMD nr.: 34806/04

#### 8.4 Juridisk teori

Andenæs, Mads, Andreas Motzfeldt Kravik og Eirik Bjørge, ”Høyesterett og EMD: samspill, subsidiaritet og skjønnsmargin”, publiseres i *Lov og rett* i 2015

Andenæs, Mads, ”Menneskerettighetene” *Knophs oversikt over Norges rett*, 2014, s. 61 – 71

Blesvik, S og R Diseth, T L Husum, R Kogstad m.fl. , ”Menneskerettigheter også for psykiatriske pasienter i Norge?”, *Tidsskrift for Den norske legeforening*, nr. 12, 8. Juni 2006 , s. 1616 – 1618, <http://tidsskriftet.no/article/1390460> (sitert 25. Mars 2015)

Broch, Lars Oftedal, ”Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol”, *Lov og rett*, 05/06-2005, s. 259 – 282, [http://www.idunn.no/lor/2005/05-06/skjonnsmarginen\\_i\\_nyere\\_praksis\\_fra\\_deneuropeiske\\_menneskerettsdomstol](http://www.idunn.no/lor/2005/05-06/skjonnsmarginen_i_nyere_praksis_fra_deneuropeiske_menneskerettsdomstol) (sitert 11. Mars. 2015)

Falck, Preben, ”Personvern som menneskerettighet: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 som skranke for innsamling, behandling og bruk av personopplysninger”

Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 1995,  
<http://www.fou.uib.no/fd/1996/h/600005/index.htm> (sitert 21. april)

Hansen, Asle, Line Brustad og Øistein Norum Monsen, "Her ble «Erik» holdt lenket til senga i 28 døgn", *Dagbladet*, 7. April 2013,  
<http://www.dagbladet.no/2013/04/07/nyheter/innenriks/psykiatri/tvang/fredrikstad/26332899/>  
(sitert 16. Mars 2015)

Kjønstad, Asbjørn, *Helserett*, 2. utg. 2007

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett II: Barnevern- og sosialrett*, 3. Utg. 2008

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I: Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang*, 5. Utgave. 2012

Møse, Erik, Jørgen Aall og Ragnar Nordeide, *Rettsdata*, Menneskerettighetsloven vedlegg nr. 2, note (68), 2010  
[http://abo.retsdata.no/browse.aspx?grid=51739&terms\\_and=mrl&sDest=gL19990521z2D30z2EV2z2EARTz2E8#gL19990521z2D30z2EV2z2EARTz2E8](http://abo.retsdata.no/browse.aspx?grid=51739&terms_and=mrl&sDest=gL19990521z2D30z2EV2z2EARTz2E8#gL19990521z2D30z2EV2z2EARTz2E8) (sitert 22. april)

Norvoll, R, T Ruud og T Hynnekleiv, "Skjerming i akuttpsykiatrien", *Tidsskrift for den norske legeforening* nr. 1 (2015), s. 35 - 39, <http://tidsskriftet.no/article/3275621/> (sitert 23. Feb. 2015)

Olsen, Frode, "I sjokk over psykiatrisk avdeling", *Rogalandsavis*, 12. Mars 2015,  
[http://www.rogalandsavis.no/index.php?page=vis\\_nyhet&NyhetID=98875](http://www.rogalandsavis.no/index.php?page=vis_nyhet&NyhetID=98875) (sitert 16. Mars 2015)

Rognlien, Knut, "Prinsipper for tolkning av EMK", <http://www.advokatredet.no/pres/kr-emk-tolkn.htm> (sitert. 20. April)

Syse, Aslak, *Psykisk helsevernloven: med kommentar*, 1.utgave. 2004



Syse, Aslak, ”Det menneskerettslige vernet mot frihetsberøvelse og tvang i behandlingsøye-med innenfor psykiatrien”, *Nordic Journal of Human Rights* 04/2006, s. 318 – 342 [http://www.idunn.no/ntmr/2006/04/det\\_menneskerettslige\\_vernet\\_mot\\_frihetsberovelse\\_og\\_tvang\\_i\\_behandlingsoye](http://www.idunn.no/ntmr/2006/04/det_menneskerettslige_vernet_mot_frihetsberovelse_og_tvang_i_behandlingsoye) (sitert 16. April 2015)

Store norske leksikon, *Autonomi* (2014), <https://snl.no/autonomi> (Sitert 10. februar 2015)

Sørensen, Christian Børge, ”Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 01-02 / 2004, s. 134 – 196, [http://www.idunn.no/tfr/2004/01-02/leren\\_om\\_statens\\_skjonnsmargin\\_etter\\_emk\\_og\\_betydningen\\_for\\_norsk\\_domstolsk](http://www.idunn.no/tfr/2004/01-02/leren_om_statens_skjonnsmargin_etter_emk_og_betydningen_for_norsk_domstolsk) (sitert. 12. Mars 2015)

## 8.5 Annet

Economic and Social Council. *Substantial Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 14 (2000). The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*. E/ C.12/2000/4. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJ2c7ey6PAz2qaojTzDJmC0y%2b9t%2bsAtGDNzdEqA6SuP2r0w%2f6sVBGTpvTSCbiOr4XVFTqhQY65auTFbQRPWNDxL> (Sitert 15. April)

Europarådets torturkomité. *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. CPT/Inf (2006) 14. <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2006-14-inf-eng.pdf> (sitert 16. Mars 2015)

Europarådets torturkomité. *Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. CPT/Inf (2011) 33. <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2011-33-inf-eng.pdf> (Sitert 4. mars 2015).

Helsedirektoratet. *Bruk av tvang i psykisk helsevern for voksne i 2013*. November 2014  
<https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/669/Bruka-av-tvang-i-psykisk-helsevern-for-voksne-i-2013-IS-2243.pdf> (sitert 5. Mars. 2015)

Helse- og omsorgsdepartementet. *Bedre kvalitet - økt frivillighet. Nasjonal strategi for økt frivillighet i psykiske helsetjenester (2012-2015)*.  
[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/hod/bedrekvalitet-okt\\_frivillighet.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/hod/bedrekvalitet-okt_frivillighet.pdf) (Sitert 5. Mars 2015)

Menneskerettighetsutvalget. *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*. Dokument 16 (2011-2012)  
<https://www.jus.uio.no/smr/om/nasjonal-institusjon/aktuelle-saker/2012/docs/mr-utvalg-rapport-2012.pdf> (Sitert 4. Mars 2015)

Norsk NGO-forum for menneskerettigheter. *Alternative report to the UN COMMITTEE AGAINST TORTURE*. Oslo 12. Oktober 2012.  
<http://www.nhc.no/filestore/Publikasjoner/Rapporter/2012/NorwegianNGO-forumALTRAPPCATsent.pdf> (sitert 18. Mars 2015)

Sosial- og helsedirektoratet. *Brukermedvirkning – psykisk helsefeltet. Mål, anbefalinger og tiltak i Opptappingsplanen for psykisk helse*. April 2006  
<https://helsedirektoratet.no/Lists/Publikasjoner/Attachments/158/Brukermedvirkning-psykisk%20helsefeltet-mal-anbefalinger-og-tiltak-i-opptappingsplanen-for-psykisk-helse-IS-1315.pdf> (sitert 9.mars 2015)

Sosial- og helsedirektoratet. *Tiltaksplan for redusert og kvalitetssikret bruk av tvang i psykisk helsevern*. Juni 2006. IS-1370. [https://www.sintef.no/globalassets/upload/helse/psykisk-helse/pdf-filer/tiltaksplan\\_for\\_redusert\\_og\\_kvalitetssikret\\_bruk\\_av\\_tvang\\_i\\_psykisk\\_helsevern.pdf](https://www.sintef.no/globalassets/upload/helse/psykisk-helse/pdf-filer/tiltaksplan_for_redusert_og_kvalitetssikret_bruk_av_tvang_i_psykisk_helsevern.pdf)  
(Sitert 8. April 2015)